

# **LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

**San Isidro, 11 y 12 de mayo de 2023**

## **LIBRO DE PONENCIAS**



**Colegio de Abogados de San Isidro**  
Área Académica



# **LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

**San Isidro, 11 y 12 de mayo de 2023**

Organiza: **Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial y  
el Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de San Isidro**

## **LIBRO DE PONENCIAS**



**Colegio de Abogados de San Isidro**  
Área Académica

## **AUTORIDADES DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO**

### **Consejo Directivo**

Presidenta:	Dra. Guillermina Soria
Vicepresidente 1°:	Dr. Luciano Zorrilla
Vicepresidente 2°:	Dr. Sergio R. Castelli
Secretario:	Dr. Marín A. Sánchez
Prosecretaria:	Dra. Florencia Stero
Tesorero:	Dr. Juan J. Formaro
Protesorera:	Dra. Nancy M. Quattrini
Consejeros titulares:	Dra. Florencia S. Ancao Dr. Roberto P. Aybar Dra. Sandra L. Dell' Osa Dr. Nicolás A. Machiolo Dr. Ernesto L. Rodríguez Cifuentes
Consejeros Suplentes:	Dra. María C. Afriol Dra. Laura M. Rene Antoine Dra. María E. Ferrari Bartoszyk Dra. Luciana B. Gentile Dr. Norberto E. Herrera Dra. María N. Juvenal Dr. Juan C. Nocciolino Dr. Alan Temiño

### **Área Académica**

Director:	Dr. Fulvio G. Santarelli
Miembros:	Dra. María Celeste Afriol Dra. Florencia S. Ancao Dra. Julia L. Bruzzone Dra. Gisella Hörisch Dra. Flavia Medina Dr. Aníbal M. Ramírez Dr. Alan D. Temiño
Coordinadora Académica:	Dra. Karina A. Aliperti

## AUTORIDADES DEL LXXVII ENCUENTRO

### Comité Honorario:

Azul:	Dr. Bruno Octavio Santi Taccari
Bahía Blanca:	Dr. Ignacio V. Cenoz
La Plata:	Dr. Carlos Garobbio
La Matanza:	Dra. Nora Módolo
Lomas de Zamora:	Dr. Eduardo Marsala
Mar del Plata:	Dr. Alejandro Martín Vazquez
Moreno-Gral. Rodríguez:	Dra. Paola Bartolomé Aleman
Morón:	Dra. Marisol Martínez
	Dr. Marcelo Spanghero
Lanús-Avellaneda:	Dr. Rubén Morcecián
Partido de La Costa:	Dr. Horacio P. Garaguso
Quilmes:	Dr. Germán Alberto Pizzano
San Isidro:	Dr. Osvaldo E. Pisani
	Dr. Gerónimo M. De Francesco
San Martín:	Dra. Patricia D'Albano Torres

### Comité Organizador:

Dra. Mariela Bichler  
Dr. Diego Bulnes  
Dr. Gerónimo De Francesco  
Dr. Ignacio De Paula  
Dra. Sandra Di Mecola  
Dra. María Victoria Galano Marcos  
Dra. María Victoria Martinelli Philipp  
Dra. Marisa Maydana  
Dr. Osvaldo E. Pisani  
Dr. Anibal M. Ramírez  
Dr. Cristian Ubalton  
Dra. Sandra Varela

---

# ÍNDICE PONENCIAS

Pág.

## **TEMA: SEGUROS - NAVEGACIÓN - AERONÁUTICO Y AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIA**

1. Responsabilidad del transportista contractual y efectivo por faltante y/o avería de mercaderías provocada por terceros en el transporte marítimo (contenedores). - Dr. Ignacio Carlos De Paula. **13**

## **TEMA: EMPRESAS Y EMPRENDEDORES: DISTINTAS ALTERNATIVAS - RELACIONES DE CONSUMO Y SUS PROBLEMÁTICAS ACTUALES**

2. Reflexión sobre los conceptos actuales de “sujetos del comercio”. - Dra. M. Victoria Martinelli Philipp. **17**
3. Vulnerabilidad empresaria ante la tecnología. - Dra. Patricia I. D’Albano Torres **20**
4. La víctima de un accidente de tránsito como consumidor. – Dr. Diego Alberto Rapaport **24**
5. Ejecución de créditos nacidos electrónicamente. Una mirada sobre la efectiva tutela judicial del consumidor de servicios financieros. – Dr. Aníbal Matías Ramírez. **29**
6. Responsabilidad de los abogados y el juego interpretativo de las normas de consumo. - Dra. Claudia Rosana Paniagua. **35**
7. Marketplace e intermediación: hacia la trazabilidad y transparencia algorítmica. – Dra. Lidia Estela Di Masullo. **38**
8. La Humanización de las disciplinas del derecho comercial. – Dr. Germán Alberto Pizzano. **45**

## **TEMA: TITULOS VALORES CARTULARES Y NO CARTULARES. CONTRATOS DE EMPRESAS Y BANCARIOS - CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA, SUS EFECTOS Y PROBLEMÁTICA**

9. Cuenta corriente bancaria. Ejecución de saldo deudor y normativa aplicable ante situaciones previas a la sanción de la Ley N° 26.994.” - Dra. Paola Lorena Bartolomé Alemán. **53**
10. Empleo del sistema de cadena de bloques en el comercio internacional. - Dr. Marcelo U. Spanghero. **57**
11. “El dólar “oficial” no es el valor de cálculo para desobligarse abonando en moneda de curso legal”. - Dr. Roberto A. Muguillo. **61**

	<b>Pág.</b>
12. Un contrato bancario electrónico y nuevamente el problema de la incorporación de la prueba. - Dra. Marcela Fabiana Civallero.	<b>65</b>
13. El contrato de franchising: reflexiones sobre el desequilibrio entre las obligaciones de las partes. - Dra. Marcela Fabiana Civallero.	<b>69</b>
14. Smart contracts ¿sus presuntas ventajas no serán sus principales desventajas? - Dra. Marcela Fabiana Civallero.	<b>74</b>
15. Lineamientos generales sobre títulos valores representativos de mercaderías. - Dra. Nancy Borka.	<b>79</b>
16. Smarts contracts - confidencialidad de los datos aportados a las plataformas - cláusulas contractuales abusivas. - Dr. Marcelo Fabián Boedo.	<b>85</b>
17. El problema de los contratantes no amparados en la ley de defensa del consumidor. - Dr. Marcelo Fabián Boedo.	<b>90</b>
18. Obligaciones en moneda extranjera. - Dr. E. Daniel Balonas.	<b>96</b>

**TEMA: ACTUALIDAD EN DERECHO SOCIETARIO Y SUS DISTINTAS PROBLEMÁTICAS**

19. A propósito del fallo de la Cámara Civil y comercial sala I de San Salvador de Jujuy y su comentario. - Dr. Roberto A. Muguillo.	<b>102</b>
20. “Conflictos societarios y emocionales tras la muerte de un accionista y/o director de SA”. - Dra. Amalia Fensore.	<b>107</b>
21. Control de legalidad sustancial en aumentos de capital con emisión con prima. - Dra. Adriana Beatriz Blanco.	<b>112</b>
22. “Embargo de acciones en las SAS”. – Dr. Bruno O. Santi Taccari.	<b>115</b>
23. Inoponibilidad de La persona jurídica art. 54 de la ley de sociedades. - Dra. Estela Alicia Marmonti.	<b>118</b>
24. La responsabilidad del órgano de administración societario en materia penal tributaria. – Dra. Jimena Fioriti.	<b>121</b>
25. Sobre la posible aplicación del régimen sancionatorio de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, a las figuras asociativas. - Dra. Laura Petruzzello.	<b>125</b>
26. ¿Inconvenientes técnicos derogan un tipo social?. - Dra. M. Victoria Martinelli Philipp.	<b>130</b>
27. Consecuencias del socio oculto. - Dr. Alejandro Martín Vázquez. -	<b>132</b>
28. El problema de la retención de utilidades y el activismo judicial. A propósito de un fallo del tribunal supremo español. - Dr. Ignacio Vicente Cenoz.	<b>139</b>

	<b>Pág.</b>
29. Fideicomiso: fideicomiso en el derecho societario. originarios y derivados. - Mag. Marcelo A. David	<b>144</b>
30. Reflexiones en torno a la zona de crisis de crisis y la responsabilidad de los administradores de sociedades en la legislación argentina. - Dr. Fernando Javier Marcos.	<b>157</b>

**TEMA: DERECHO CONCURSAL: INSOLVENCIA Y SOLUCIONES CONCURSALES - LA QUIEBRA Y SUS EFECTOS**

31. El descendiente del concursado preventivamente puede solicitar el pronto pago del crédito por alimentos”. - Dr. Carlos E. Ribera.	<b>176</b>
32. La prohibición legal del hijo para solicitar la quiebra de alguno de sus progenitores por la falta de cumplimiento del deber alimentario, contraría principios constitucionales, convencionales y obligaciones legales, por ello dicho crédito puede ser causa para la declaración de quiebra”. - Dr. Carlos E. Ribera.	<b>180</b>
33. “La inhibición general de bienes en la etapa de cumplimiento del acuerdo”. - Dra. Sandra Marcela Di Mecola y Dra. Marisol Martínez	<b>183</b>
34. Tangencialidad del Derecho Penal. - Dra. Marisol Martínez.	<b>192</b>
35. La extensión de la quiebra y los resultados patrimoniales de las mismas. La composición de las masas. - Dra. Claudia Susana Capo y Dr. Carlos Alberto Albano.	<b>199</b>
36. Plazos de prescripción de las cuotas concordatarias de los créditos verificados como “eventuales” y sus computos. - Dr. Osvaldo E. Pisani.	<b>202</b>
37. Derecho Concursal.- Principios. - Dres. Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso y Horacio Pablo Garaguso	<b>204</b>
38. Reformas Procesales Ley de Concursos. - Dres. Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso y Horacio Pablo Garaguso	<b>206</b>
39. Recurso de apelación. - Principios. - Dres. Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso Y Horacio Pablo Garaguso	<b>210</b>
40. Ningún organismo fiscal puede imponerle a la concursada la necesidad de incluir su crédito en determinada categoría de acreedores si la deudora voluntariamente no lo acepta. - Dr. Javier Armando Lorente.	<b>212</b>
41. Aprovechamiento de las conformidades arrimadas por el deudor durante el período de exclusividad por los terceros inscriptos en el procedimiento de salvataje. - Dr. Javier Armando Lorente.	<b>218</b>

	<b>Pág.</b>
42. Prevalencia de los juzgados concursales por sobre los penales en caso de yuxtaposición de competencias sobre la liquidación de activos y su distribución entre los acreedores/víctimas: a propósito de un recentísimo pronunciamiento de la CSJN. - Dr. Javier Armando Lorente.	<b>225</b>
43. Acreedor no concurrente, prescripción concursal y fianza. - Dr. Alejandro Martín Vázquez.	<b>236</b>
44. Transferencias de paquetes de control en sociedades concursadas. - Dr. Pablo E. Arenas y Mag. Marcelo A. David.	<b>245</b>
45. Designación de síndico en la quiebra por incumplimiento del acuerdo. - Dr. E. Daniel Balonas.	<b>251</b>
46. El pago del dividendo concursal en moneda extranjera. - Dr. Fernando Javier Marcos.	<b>258</b>
47. Responsabilidad civil del síndico por su proceder perjudicial respecto de los juicios relacionados con la quiebra. - Dr. Miguel Eduardo Rubín.	<b>266</b>
48. A los fines de lo normado por el art. 127 LCQ la conversión de un crédito en dólares a moneda de curso legal deberá efectuarse tomando como base el valor del dólar MEP. - Dr. Gerónimo M. De Francesco.	<b>271</b>
49. El acuerdo preventivo extrajudicial: a la medida de quien. - Dra. Evangelina Ester Zambello.	<b>277</b>
50. La insolvencia del consumidor hipervulnerable y la necesidad de procedimientos simples y adecuados para su tratamiento. - Dra. Celina Pavesse.	<b>282</b>
51. Desenmascarar la violencia de género como otro modo de evitar el abuso. - Dra. Sandra Marcela Di Mecola.	<b>287</b>
52. Rechazos in limine prematuros de los pedidos de quiebra. - Dra. Patricia Andrea Servidio.	<b>293</b>

---

LXXVII (77) Encuentro de Institutos de Derecho Comercial  
de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

## **A MODO DE PROLOGO.**

### **“ Y al volver la vista atrás ... “**

Fue mientras que con todo el “Comité Organizador” de este 77 Encuentro, estábamos abocados a su armado y creo que más concretamente cuando me tocó ir al “cajón de los recuerdos” buscando fotos de encuentros anteriores para exhibirlas durante el evento, que al encontrar y ver dichas fotos las imágenes allí contenidas activaron mi sistema neuronal y los recuerdos comenzaron a representarse en mi película mental produciéndome una sensación difícil de explicar con palabras, pero realmente muy agradable y por qué no decirlo de cierta satisfacción por haber podido ser partícipe desde el origen de estos “Encuentros”.

Fue por ello que, cuando en una de las reuniones de la organización del evento, se habló de que había que escribir el prólogo del libro de ponencias y sin decir muchas palabras todos me miraron a mi, entendí que si bien no tenía excusas para no hacerlo tampoco sabía muy bien que escribir y fue allí cuando vino el recuerdo del que había escrito sintiéndome muy honrado -a solicitud de Patricia D’Albano Torres para el 73 Encuentro celebrado en el Colegio de Abogados de San Martín en el 2021 pues contenía mis recuerdos sobre los encuentros hasta allí desarrollados.

Fue allí, que previo permiso a Patricia que cuando le pregunte si coincidía y me autorizaba a repetir lo allí escrito con algún agregado me contesto con un “GENIAL” y es por ello que este prólogo, es una repetición actualizada y apenas ampliada del presentado en el 73 Encuentro que decía lo siguiente;

“... Siempre entendí que el prólogo de una obra se escribe cuando el autor -o autores- la finalizaron o que cuando es el propio autor quien lo hace usualmente intenta explicar en una primera parte sobre el contenido y alcance de dicha obra y - como suelo hacerlo- dedicar una segunda parte, en agradecer a quienes de alguna forma expresa o implícitamente posibilitaron la aparición de la obra que se prologa.

Es por ello, que cuando se me convocó para escribir este prólogo para el Libro de Ponencias de este LXXVII Encuentro de Institutos y en “Homenaje a los Directores de los mismos”- mi primera reacción fue que no me correspondía pues yo solo soy uno más en esta obra colectiva.

Demás está decir que si lo estoy escribiendo es principalmente por el “empuje” y desinteresada colaboración de Patricia en aquel encuentro y del “Comité Organizador” en este Encuentro, quienes en conjunto colaboran en el desarrollo y continuidad de los mismos y por qué no decirlo se potenciaron tanto en la participación como en la calidad y nivel académico de las “ponencias” que se presentaron y discutieron durante tantos años.

Es así, que entrando ya a la estructura clásica del contenido del prólogo debería dedicar esta parte al alcance y contenido académico de este libro de ponencias, lo cual entiendo que en el caso concreto no corresponde, pues ello será materia de debate durante la realización del mismo. Sí quiero destacar la “calidad” de los trabajos presentados al igual que su variedad lo cual permite pre opinar sobre el seguro éxito que veremos reflejado al finalizar el Encuentro.

Pasando ya a la segunda parte del prólogo cabe hacer los agradecimientos y tomarse las “licencias” de expresar lo que se siente con relación a la obra y en ese orden procuraremos hacerlo.

El primer agradecimiento es para los homenajeados directores de institutos incluyendo en la nómina -y como reza la marcha: ...los que lo son, los que lo fueron antes...- y con el temor de alguna omisión - recordar y agradecer aquella primera “camada” de directores fundadores y también aquellos que encuentro a encuentro se fueron incorporando “durante el siglo pasado” y entre ellos a Hugo Stempels de B. Blanca; Horacio Garaguso de M. del Plata; Angel Mazzetti de L. de Zamora; Juan Carlos Couso de San Isidro, Raquel Taccari de Santi de Azul, Patricia Ferrer de La Plata, Héctor Malano de Mercedes; Eduardo Marsala de L. de Zamora, Ernesto -Toto-Rodríguez por el Partido de la Costa, Carlos E. Ribera por Concursal de San Isidro y Marisol Martínez en Morón. Me apuro a aclarar que la lista de los nombrados tiene carácter “enunciativo” y pido disculpas por alguna involuntaria omisión.

Sería muy injusto con la realidad de lo sucedido, si recordando aquella primera etapa “fundacional” y primera década y media de encuentros omitiese algunos nombres de asiduos participantes por no ser directores, pues su permanente participación en los mismos fue (y sigue siendo en algunos casos) trascendente por su valía jurídica y también por su generosa y cálida amistad y siempre con el temor de alguna involuntaria omisión me vienen a la mente: Guillermo Marcos, Pepe de Paula, Jorge y Bruno Santi, Fito Pederora, Games, Esparza, Paronetto, Rocha Campos, Daniel Balonas, Javier Lorente, Gabriela Boquin, Fernando Marcos, Hayde Martin, Perez, Betina Rosetti entre otros.

Como nobleza obliga no puedo dejar de nombrar en particular a Roberto Muquillo quien como bien señaló Horacio Garaguso -en el prólogo del LXXI Encuentro

de Quilmes allá por junio del 2021- y del cual soy testigo presencial fue quien tuvo esa primera idea de coordinar una “doctrina comercialista propia de la Provincia de Buenos Aires” la cual no cabe duda de que se pudo lograr y a la cual los más antiguos la referimos como “el espíritu de Junín” en alusión al lugar de su gestación. También destaco su permanente y activa participación en toda esa etapa de los encuentros.

Fue así que nos encontró el siglo XXI y al revés de lo que muchas veces pasa, nuestros Encuentros siguieron con esa pactada constancia de dos por año y en la cual cada vez no solo hubo más concurrentes sino que el crecimiento de la calidad académica de los trabajos presentados y de las exposiciones y debates también fue en aumento al igual que la trascendencia de dichos encuentros. Creo no exagerar si digo que actualmente casi todos los que académicamente están vinculados con el derecho comercial conocen la existencia de nuestros Encuentros y en varias oportunidades destacados académicos de nivel nacional e internacional que no son asiduos miembros de los institutos han participado a su pedido de más de un encuentro.-

Ya entrando en el Siglo XXI, me permito destacar las incorporaciones de nuevos institutos, entre los cuales destaco el de Avellaneda-Lanús y el de Moreno-Gral. Rodríguez y con la activa participación de sus Directores Rubén Morcecian y Paola Bartolomé Aleman, respectivamente.

Tampoco puedo omitir un reconocimiento y homenaje al trabajo y dedicación de los nuevos directores que vienen tomando la posta en los distintos colegios -y cuyo listado brevitatis causa omito - pues lo encontramos en el comité organizador de este evento y de cuyo compromiso y trabajo puedo dar fe por la comunicación que entre todos mantenemos. Sería injusto no nombrar en este homenaje a los directores José Botteri y Sebastián Scoccia por su desempeño en dos institutos señeros de estos encuentros como son Mar del Plata y Bahía Blanca. También sería injusto no destacar la categoría de miembros honorarios creada por varios institutos para permitir de esa forma la participación de colegas que ya se ganaron nuestro respeto académico y afecto personal.

Insisto en mi pedido de disculpas por alguna segura e involuntaria omisión de nombres que pueda darse y esto fue por haberlo hecho recurriendo solo a mis recuerdos y esperando en ese caso tener derecho a una “fe de erratas” para subsanar cualquier involuntaria omisión.

Por último y habiendo finalizado lo formal de este prólogo me permito unas licencias y compartirles que al iniciarlo pensando qué escribir sobre la realización del 77 Encuentro, fue pensar que ya habíamos realizado 76, sí, 76 encuentros y fue entonces cuando recurrentemente aparecía en mi mente en la voz de Serrat el “Cantares” de Machado repitiendo... “caminante no hay camino, se hace camino al andar

y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar...” y es cierto, ya transitamos una senda de 76 Encuentros y a su manera todos buenísimos y al volver la vista atrás recuerdo la emoción que todos sentíamos en ese Primer Encuentro de Mar del Plata porque lo habíamos logrado y ya estaban en marcha los encuentros provinciales de institutos. De dicho encuentro no puedo omitir que motivado en la gran y profusa difusión lograda (y sin redes ni internet) hasta hubo que explicarle a un grupo de colegas que se presentaron a participar en representación del Instituto de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires que estaba limitado a Institutos Provinciales; se les aclaró también que podían participar pero sin esa representación frente a lo cual algunos se retiraron y uno de ellos diciendo: “primeros encuentros hay muchos habrá que ver que pasa con los segundos encuentros...”(sic). Debo confesar que al autor de esa frase lo crucé y saludé en varias oportunidades y que tuve que contener a “mi otro yo - mi sombra al decir de Carl Young” para que no le dijera: “Ya vamos por el VI y en otra oportunidad por el XIV y así por el XXXII”, pero la diplomacia -algo raro en mi- primó y nada le dije, pienso que mi silencio fue en agradecimiento de aquella frase pues creo que en el fondo de nuestros espíritus la misma en lugar de afectarnos u ofendernos reforzó nuestro convencimiento de seguir adelante y parece que algo de eso hay, pues ya pasamos setenta y cinco veces ese segundo encuentro del que se dudó.

Luego el segundo encuentro que lo organizamos en San Isidro donde se siguieron sumando institutos con la emoción y alegría de recibirlos en nuestra sede por primera vez. Recuerdo el trabajo de recibir las ponencias en papel, dividir las por temas, fotocopiarlas para de esa manera armar los libros de ponencias fotocopios -otra época sin duda-. La emoción de exponer los temas preparados con tanto esmero esperando lograr la adhesión de los participantes o estar preparados para las réplicas. “Lindo haberlo vivido para poderlo contar...”, dice otro poema.

Ni que hablar del tercer encuentro en Bahía Blanca -abril del 86- del cual recuerdo la calidez de los anfitriones y las imágenes grabadas en mi retina en la cual luego de la cena de cierre en el restaurante del Golf Club caminábamos por el campo de golf observando en el cielo abierto y estrellado al cometa “Halley” que en esa oportunidad -y como sucede cada 75 años- se aproximó tanto a la tierra que se hizo perfectamente visible. Creo que sería una buena propuesta que en su próxima aparición prevista para el 2061 en que según mis cálculos seguramente se estará desarrollando el CLXXIII (léase 173) Encuentro el mismo se realice en Bahía Blanca y durante el mes de marzo para de esa forma recordar tal acontecimiento. Pienso que la edad de Ignacio -actual director de Bahía- torna muy posible esta propuesta.

Que luego fue el cuarto encuentro en Lomas de Zamora, el quinto en Mercedes y el sexto en Azul y luego de repetir algunas sedes se fueron realizando en La Plata,

Morón, San Martín, el Partido de la Costa, Matanza, ocasionalmente Necochea y Dolores. Destaco muy especialmente a los directores y miembros del instituto de Mar del Plata en la persona de Horacio Garaguso, José Botteri y Martín Vázquez por haber sido sede en tantas oportunidades con el trabajo y dedicación que ello requiere y lo bien que siempre nos recibieron y trataron.

Como cierre no puedo omitir una consideración a la difícil situación que por el aislamiento nos tocó vivir durante el 2020 y 2021 y a los padecimientos o pérdidas que sé que muchos tuvieron en esos años y a ellos mi solidaridad y a todos los demás y en especial a todos los Directores (y dentro de ellos muy especialmente a Patricia D'Albano Torres ya que durante el aislamiento se destacó mucho más su esfuerzo y empuje a todos nosotros) un muy profundo agradecimiento por la fuerza y empuje con que se trabajó para poder continuar durante esa etapa con la realización de los encuentros aunque sea virtualmente como se celebraron varios. Motivado en todo ello con mucho orgullo podemos decir que ni la "pandemia del Covid" impidió que se realizarán nuestros clásicos encuentros de Instituto. Fue sin dudas una época particular y difícil que entiendo pudimos superar. Recuerdo mis citas de aquella época de la famosa frase del Maestro Yoda: "Que la fuerza te acompañe".

Pero todo ello lo superamos y pudimos recuperar con más fuerza y energía la presencialidad y así fue que nos reencontramos durante el 2022 y ahora estamos por hacerlo en mayo del 2023.

Como enseña "García Márquez" hay un momento en que hay que dejar de escribir y este es el momento de hacerlo con relación a este prólogo y por ello me despidió muy afectuosamente de todos con un muy fuerte abrazo "virtual" que espero poder hacer efectivo y materializarlo en mayo próximo durante el 77 encuentro permitiéndome la última de las licencias de este prólogo repitiendo y repitiéndomelo a mí: "GRACIAS TOTALES".

**Dr. Osvaldo E. Pisani**

San Isidro (BA). En este especial Abril del 2023.



**Colegio de Abogados de San Isidro**  
Área Académica

# **LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

Tema:

**“SEGUROS - NAVEGACIÓN -  
AERONÁUTICO Y AMBIENTAL EN  
LA ACTIVIDAD EMPRESARIA”**

## **RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA CONTRACTUAL Y DEL EFECTIVO POR FALTANTE Y/O AVERIA DE MERCADERIAS PROVOCADA POR TERCEROS EN EL TRANSPORTE MARITIMO (DE CONTENEDORES).**

**Dr. Ignacio Carlos De Paula**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### **PONENCIA**

**Cuando hablamos de transporte marítimo de mercaderías, que representa aprox. el 90% del comercio internacional en el mundo, estamos en presencia de distintos tipos de mercaderías que se encuentran cargadas a bordo de un buque. Recordemos que mercadería es todo objeto o efecto cargado a bordo de dicho buque.**

**Teniendo en cuenta que en materia de responsabilidad, el tema deriva en varias vertientes, en este caso nos centraremos en el transporte marítimo de mercaderías a través de contenedores sin entrar en supuestos de la ley 24.921 de transporte multimodal.**

---

Así, bien es sabido que el transportista es la persona que asume esa calidad ante un cargador.

La ley de Navegación 20.094, en su artículo 267, establece que el transportista es quien contrata con el cargador el transporte de mercaderías. Esta figura no comprende al agente marítimo de dicha embarcación.

Ahora bien, la expresión cargador esta referida a quien debe suministrar la carga para el transporte marítimo y por su parte el consignatario es la persona facultada a obtener la entrega de la mercadería en destino.

A su vez en el contrato de transporte marítimo se contempla que el transportista debe emitir un conocimiento de embarque (Bill of Lading) una vez que la mercadería esté a bordo del buque.

Al respecto la Convención de Bruselas (Hague Rules, 1924) es el instrumento legal ratificado por la Argentina sobre reglas aplicables a los conocimientos de embarque, que, como ya conocemos, dicho B/L posee 3 funciones: Prueba el contrato de transporte, Indica la titularidad de la mercadería transportada y funciona como un título de crédito transmisible.

Dicho contrato de transporte marítimo comienza cuando la carga es puesta a bordo y finaliza con su descarga en puerto y/o terminal.

Es decir una vez recibida a bordo, el transportista (anteriormente lo hacía el capitán del buque) emite el conocimiento de embarque. Los datos del mismo son suministrados por quien carga la mercadería en un proceso denominado “booking”, que se hace en forma remota e informática. Allí se proporcionan todos los datos que serán incorporados al documento.

Los transportistas pueden operar buques o no, y en base a ellos surgen si se trata de un transportista efectivo o uno contractual respectivamente. Ambos transportistas pueden emitir B/L. (B/L madre y B/L hijo).

Asimismo en el transporte marítimo puede aparecer la figura del Freight Forwarder, quien, en nombre de los cargadores, puede gestionar ante las líneas marítimas espacios de carga y lo asiste para preparar la documentación (emitiendo B/L hijos dependiendo el caso).

Paralelamente sabemos que el contenedor es una unidad de transporte (cuyos atributos técnicos están definidos por la Convención de Seguridad de los Contenedores, Ley 21.967) y que posee un mecanismo de cierre que se debe precintarse con un elemento identificatorio y distintivo (por lo general números) que garanticen su inviolabilidad.

Existen dos tipos de procesos de transporte de contenedores:

LCL (Less than container load, o Pier), que es el consolidado y precintado por el transportista y FCL (Full Container Load o House).

En el primer caso (LCL) son agrupadas las cargas por parte del transportista, y éste se obliga a entregar la mercadería tal como fue indicada, es decir en buen estado. En cambio, en el segundo supuesto (FCL), el cargador (transportista contractual) realiza el consolidado (llenado del contenedor) en un lugar bajo su control y entrega al transportista el contenedor consolidado y precintado. Es muy probable que el consolidado y precintado lo realice a través de una empresa contratada por este para tal fin.

Sentado lo expuesto, es dable señalar entonces las responsabilidades que pueden suscitarse entre las distintas cargas durante una travesía (en este caso se trataría de un buque portacontenedores), partiendo de la premisa que el Capitán del buque es el responsable de la estiba de dicha carga. Es decir del plan de estiba efectuado por dicho Capitán en el buque.

Ahora bien, suponiendo que la estiba del buque se encuentra correctamente efectuada, aparecen casos en que el mal trincado del contenedor (el consolidado del contenedor) a cargo del cargador (léase transportista contractual), puede llegar a producir daños sobre la carga de otros contenedores durante la travesía. En ese caso debemos tener en cuenta que tipo de proceso de transporte se utilizó para dichos contenedores (LCL o FCL) para dirimir las responsabilidades en uno u otro caso, como así también las eventuales repeticiones que puedan efectuar los transportistas frente a terceros.

En estos casos las pericias navales son vitales y resultan determinantes a la hora de determinar los hechos para luego atribuir responsabilidades.

Frente a estos casos, el dueño de la carga dañada iniciará el reclamo correspondiente contra el transportista efectivo y contra el cargador o transportista contractual (y contra el dueño de la carga quien provocó el daño y/o quien realizó el trincado o consolidado) por los daños que le fueron ocasionados durante el contrato de transporte. Es por ello que a veces las cargas son aseguradas (dependiendo de la condición incoterms pactada en el contrato de compraventa internacional).

Siguiendo ese mismo orden de ideas, ante un daño en la carga, en principio, podría existir frente al tercero una responsabilidad solidaria entre el transportista contractual y el efectivo, sin perjuicio que entre dichos transportistas puedan existir reclamos entre sí y en su caso, estos iniciar las acciones de repetición que correspondan contra los terceros que hayan producido los daños si así fuese..

Por último hay que tener en cuenta los límites de responsabilidad previstos en la Ley de Navegación para estos supuestos, como así también los seguros que pueden tener las mercaderías en cada caso y sin perjuicio de los seguros que posee el buque obligatoriamente y en relación a los propios riesgos de la travesía (seguro de casco y máquinas y el seguro de P&I Club) que en estos casos no aplican.



Colegio de Abogados de San Isidro  
Área Académica

## LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires

Tema:

**“EMPRESAS Y EMPRENDEDORES:  
DISTINTAS ALTERNATIVAS -  
RELACIONES DE CONSUMO Y SUS  
PROBLEMÁTICAS ACTUALES”**

## REFLEXIÓN SOBRE LOS CONCEPTOS ACTUALES DE “SUJETOS DEL COMERCIO”

**Dra. María Victoria Martinelli Philipp**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### PONENCIA

**El CCCN diferencia entre sujetos obligados y no obligados a llevar contabilidad (entre los cuales podremos encontrar comerciantes, empresarios, emprendedores, personas jurídicas privadas) y dicha contabilidad cuenta con eficacia probatoria relativa ya que está estrictamente relacionada con la contabilidad de la parte contraria.**

---

Desarrollo: El Art. 320 del CCCN establece quienes están obligados a llevar contabilidad, quienes se encuentran excluidos y quienes tienen la posibilidad de eximirse.-

Respecto del primer supuesto dispone: *“Están obligadas a llevar contabilidad 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”*.-

Es aquí donde surge el primer interrogante, porque no cabe duda de que la norma diferencia a las personas jurídicas privadas de las personas humanas.- Ahora bien, se diferencia a quien realiza una actividad económica organizada o es titular de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios? O los menciona como sinónimos?

Sabemos que no existe un término jurídico para empresa, pero sí una definición económica, y cuando nos acercamos a ella encontramos que empresa es toda organización de los factores de la producción de bienes y servicios destinados a su comercialización, lo que se asemeja a “actividad económica organizada”, pero la norma

claramente utiliza la intersección “o” que indica que habría dos situaciones diferentes, o realiza una actividad económica organizada o es titular de una empresa.- Entonces, se está refiriendo a dos supuestos diferentes? El primero sería el comerciante en los términos del derogado Art. 1 del Código de Comercio y el segundo el empresario? O los conceptos de comerciante y empresario actualmente son sinónimos?

En el segundo supuesto encontramos que cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros.- Entendemos que esto lo haría para obtener los beneficios del Art. 330 CCCN que en breve analizaremos.-

En el tercer supuesto encontramos a los sujetos excluidos: Personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas ni organizadas en forma de empresas (sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales).- Nótese que aquí se utiliza el concepto de organización junto con el de empresa.-

Finalmente, la norma establece que cuando por el volumen de su giro resulta inconveniente sujetar dicha actividad a los deberes de llevar una contabilidad se puede excluir al sujeto de llevarla, según lo determine cada jurisdicción local.- Con lo cuál, en este caso, nos encontramos con un sujeto (persona humana, porque si fuese jurídica privada estaría obligada) que realiza una actividad económica organizada o es titular de una empresa pero que por el volumen del giro resulta inconveniente llevarla.- Podríamos pensar en el Kiosko de nuestro barrios, en el autoservicio, en la tintorería.- Pero son comerciantes? Continúa vigente dicho concepto que antes lo encontrábamos en el Art. 1 del código de comercio y ahora no se lo menciona?

De análisis efectuado, se puede concluir que en vez de diferenciar entre comerciante y empresario, ya que ninguno de dichos conceptos no se encuentran en la normativa vigente, podemos diferenciar entre sujetos obligados a llevar contabilidad y aquellos que no están obligados y entre los primeros, los que pueden ser excluidos y esta exclusión será en función al giro de la actividad.-

Por otro lado, el beneficio de cumplir con la contabilidad obligatoria, o de llevarla cuando es opcional, es la eficacia probatoria con la que contaría en un juicio, lo que nos invita a mencionar el Art. 330 del CCCN, que en síntesis dispone que: Si la contabilidad no está llevada en forma regular: prueba contra quien la lleva sin admitirse prueba en contra.- Si la contabilidad está llevada en forma regular: Prueba a favor de quien la lleva cuando el contrario que tiene contabilidad no presenta registros regulares.- Sin embargo, es facultad del juez apreciar la prueba y exigir otra supletoria. -Si

ambas partes cuenta con contabilidad y está llevada en forma regular: En caso de contradicciones con los registros el juez debe prescindir de este medio de prueba.- Si el litigio es contra quien no está obligado a llevar contabilidad y no la lleva voluntariamente: Sólo servirá como principio de prueba.-

Con lo cual, el incentivo de llevar contabilidad (cuando esta no es obligatoria) se encuentra disminuido y recordemos asimismo que no hay sanción para los obligados que no la llevan (salvo lo dispuesto en leyes especiales).-

**CONCLUSIÓN:** El CCCN diferencia entre sujetos obligados y no obligados a llevar contabilidad (entre los cuales podremos encontrar comerciantes, empresarios, emprendedores, personas jurídicas privadas) y dicha contabilidad cuenta con eficacia probatoria relativa ya que está estrictamente relacionada con la contabilidad de la parte contraria.

## VULNERABILIDAD EMPRESARIA ANTE LA TECNOLOGÍA

**Dra. Patricia I. D'Albano Torres**

Instituto Derecho Comercial Colegio de Abogados de San Martín

---

### PONENCIA

**Consideramos que son los abogados y abogadas quienes deben tener presente todo el contexto normativo de leyes, convenciones, resoluciones locales, nacionales e internacionales para que la empresa supere esta vulnerabilidad en todos los procesos de creación, desarrollo, utilización, seguridad, inclusión y respeto de derechos y sus correlativos deberes de todas personas involucradas en los sistemas utilizados por la empresa en los distintos formatos como e-commerce, marketing, páginas web, redes sociales, intranet, transacciones, controles de empleados, de producción, administración, etc. que están atravesados por la tecnología dentro de la empresa. Eso se llama minimizar conflictos, prevención del daño, en pocas palabras: minimizar el riesgo empresarial.**

---

### DESARROLLO

Es importante abordar el tema con la delimitación de los conceptos porque, generalmente, se suele utilizar el vocablo vulnerabilidad como sinónimo de riesgo o de amenaza, siendo que los mismos no son sinónimos, sino que son conceptos distintos.

Efectivamente, Omar Darío Cardona explica que en la evolución de la determinación del concepto se llegó a concebir a la vulnerabilidad como la reducida capacidad para "adaptarse" o ajustarse a determinadas circunstancias. Por su parte, en general, hoy se acepta que el concepto de amenaza se refiere a un peligro latente o factor de riesgo externo de un sistema o de un sujeto expuesto. Es decir, no puede existir vulnerabilidad sin amenaza. Por otra parte, la vulnerabilidad se entiende, en ge-

neral, como un factor de riesgo interno que matemáticamente está expresado como la factibilidad de que el sujeto o sistema expuesto sea afectado por el fenómeno que caracteriza la amenaza. De esta manera, el riesgo corresponde al potencial de pérdidas que pueden ocurrirle al sujeto o sistema expuesto, resultado de la “convolución” de la amenaza y la vulnerabilidad. Así, el riesgo puede expresarse en forma matemática como la probabilidad de exceder un nivel de consecuencias económicas, sociales o ambientales en un cierto sitio y durante un cierto período de tiempo.

Esto nos lleva al concepto de la “vulnerabilidad de la empresa”. Vulnerable es el sujeto susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente, económica o socialmente. El concepto puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Tanto las personas humanas como las jurídicas y las empresas tienen vulnerabilidad.

El análisis de vulnerabilidad es el proceso mediante el cual se determina la capacidad de la empresa para resistir el impacto de una amenaza.

Ya nos hemos referido a este tema en otras ponencias enfocándonos a los aspectos de detección de riesgos, prevención, planes estratégicos etc. a los fines de controlar y bajar aquella vulnerabilidad en la empresa en las distintas zonas de insolvencia. En la presente nos enfocaremos en la vulnerabilidad empresaria respecto a la tecnología.

A nivel de nuestro continente, la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Santo Domingo los días 24 y 25 de marzo de 2023, concluyó con la tradicional declaración y plan de acción 2023-2026. Unos de los instrumentos firmados fue la Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales<sup>1</sup>, aclarando que Se entiende por Derechos Digitales a los Derechos Humanos en entornos digitales.

En dicha Carta se establecen los principales objetivos buscado y a los que los países miembros se deberían ajustar y, el mayor principio a tener en cuenta en el vértice de todo sistema debe ser “la centralidad de la persona”. Esto significa que “la digitalización conlleva una profunda transformación que impacta en todos los aspectos de la vida de las personas y presenta enormes desafíos, que deben abordarse garantizando el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y el desarrollo de sociedades digitales inclusivas, justas, seguras, resilientes y sostenibles”.

---

<sup>1</sup> Ver en [https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta-Iberoamericana-de-Principios-y-Derechos-en-los-Entornos-Digitales\\_Es.pdf](https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta-Iberoamericana-de-Principios-y-Derechos-en-los-Entornos-Digitales_Es.pdf)

Por su parte en ella se ratifican las adhesiones a compromisos y declaraciones internacionales como la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del Consejo de Derechos Humanos y de la UIT, la Declaración de Lisboa – Democracia Digital con propósito y la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, así como la Agenda Digital para América Latina y el Caribe adoptada en el marco de la CEPAL; los compromisos alcanzados durante el proceso de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), sus fases de Ginebra y Túnez y su revisión decenal (CMSI+10), en especial en lo referente a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, reconociendo que las tecnologías de las TIC están desigualmente distribuidas entre los países en desarrollo y desarrollados, a la vez que al interior de estos.

La Carta deja en claro que “Los entornos digitales comprenden los servicios, plataformas y aplicaciones que permiten interactuar a las personas y organizaciones en la producción, distribución y acceso tanto de datos como de información a través de medios virtuales”.

De esta manera establece los compromisos de los Estados a realizar las tareas necesarias a los fines de llevar a la práctica lo decidido y comprometido en ella, teniendo como principios los siguientes: Centralidad de la persona. Derechos y deberes en entornos digitales; Inclusión digital y conectividad; Privacidad, confianza, seguridad de datos y ciberseguridad; Acceso pleno a la educación, la cultura y la salud en entornos digitales inclusivos y seguros; Especial atención a niñas, niños y adolescentes; Participación social, económica y política en entornos digitales justos y sostenibles; Administración pública digital; Economía digital justa, inclusiva, y segura; Un abordaje de tecnologías emergentes que no renuncie a la centralidad de las personas; Asistencia y cooperación iberoamericana para la transformación digital.

Más allá de emitir una crítica o no sobre dicha carta, tratamos de resumir los parámetros generales en los cuales los avances tecnológicos en la vida diaria de las personas humanas y, por supuesto, de las personas jurídicas deben ser encuadrados tanto en su desarrollo como en su utilización. Es aquí donde nos encontramos con las empresas inmersas hoy en cualquiera de sus actividades en la tecnología y su imposición natural en todos los aspectos.

¿Por qué la presentamos como vulnerabilidad? Porque la empresa, sea cual fuere y considerando dicho concepto en forma amplia, es decir, empresa de persona humana o de persona jurídica, se encuentra ante la amenaza de adaptarse a las nuevas realidades de la sociedad ante el riesgo de desaparecer. Dependerá de cuán rá-

pida sea la respuesta y su resiliencia para dar respuesta a esa amenaza la salida eficiente de la misma o su extinción.

De esta manera, la empresa hoy se encuentra, incluso en sus actividades más comunes está expuesta a las demandas de la digitalización y la tecnología. Veamos como ejemplos más comunes la liquidación y pago de impuestos, tasas, cumplimiento de requisitos administrativos con el fisco, bancos, medios de pagos, libros laborales, trámites laborales y previsionales, etc. Hasta aquellas más nuevas como el teletrabajo, gestión de equipos de trabajo, reuniones con clientes, con proveedores, profesionales, ventas, compras, seguridad cibernética, capacitación de empleados, desarrollo de políticas de género y otros aspectos de cultura empresarial, etc.

## **CONCLUSIÓN**

Ante este panorama, y siendo la finalidad de la ponencia, consideramos que son los abogados y abogadas quienes deben tener presente todo el contexto normativo de leyes, convenciones, resoluciones locales, nacionales e internacionales para que la empresa supere esta vulnerabilidad en todos los procesos de creación, desarrollo, utilización, seguridad, inclusión y respeto de derechos y sus correlativos deberes de todas personas involucradas en los sistemas utilizados por la empresa en los distintos formatos como e-commerce, marketing, páginas web, redes sociales, intranet, transacciones, controles de empleados, de producción, administración, etc. que están atravesados por la tecnología dentro de la empresa. Eso se llama minimizar conflictos, prevención del daño, en pocas palabras: minimizar el riesgo empresarial.

## LA VÍCTIMA DE UN ACCIDENTE DE TRANSITO COMO CONSUMIDOR.

**Dr. Diego Alberto Rapaport**

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

---

### PONENCIA

**“Consideramos que pese a la modificación del Artículo 1° de la Ley de Defensa del Consumidor, que eliminó la figura del tercero expuesto (bystander) la víctima de un accidente de tránsito se encuentra inserta en una relación de consumo y goza de la protección de las normas consumeriles”.**

---

#### **1. Introducción:**

Como todos sabemos las normas protectorias del consumidor tienen rango constitucional (art. 42 de la Constitución Nacional) y convencional.-

De tal forma que la legislación que en consecuencia se ha dictado en la materia, tales como la Ley de Defensa del Consumidor, artículos 1092 y ss.ss. del Código Civil y Comercial y demás normas protectorias que regulan la relación de consumo, son de orden público.

Si bien la Ley 26.994 modificó el Artículo 1° de la Ley de Defensa del Consumidor, al quitar la figura del tercero expuesto de la relación de consumo, dicha norma sigue aplicándose a quien *“sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”*.

A primera lectura pareciera que la reforma en cuestión al no incluir la figura del tercero expuesto a una relación de consumo, las víctimas de un accidente de tránsito no podrían estar incluidas, pero como veremos, tal afirmación no es exactamente así.

Recordamos también que el Código Civil y Comercial en su artículo 1092, ex-

presa: *“Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un 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. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”*.-

## **2.- De la función social del seguro:**

Nuestro Estado impone, en el artículo 68 de la Ley de tránsito N° 24.449 que *“Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no”*.

En efecto, existe en el mercado asegurador una póliza básica que se adecua a lo requerido como seguro obligatorio, y cumple con la disposición del artículo 68 de la citada norma, pero que de modo alguno alcanza a ser efectiva para cumplir con el rol o función social del seguro cuya finalidad es la reparación integral del daño sufrida por la víctima.-.

Hablar de la función social del seguro en un país como el nuestro, en el que no existe un fondo al cual aporten todos los titulares de automotores a los efectos de la reparación de los daños provocados con motivo de la alta siniestralidad vial, impone referirse a un seguro que cumpla su función social por lograr el cometido de una reparación plena a la víctima.

Debe tenerse en cuenta que es el Estado quien impone la obligación de asegurar, pero por otra parte no aporta las herramientas necesarias para que los montos máximos indemnizables previstos por la Superintendencia de Seguros de la Nación tornen ilusorio el derecho a una indemnización.

Lo antedicho genera una doble disfuncionalidad ya que por un lado no se repara a la víctima, y por otro el patrimonio del asegurado no puede mantenerse indemne en función de los exiguos topes y el quantum de los reclamos judiciales.

Transferir el riesgo a cargo del dueño o guardián de la cosa viciosa o riesgosa en cabeza del asegurador contra el pago de la prima, no es en definitiva una situación que se verifique en estos casos.

### **3.- Del rol de la Ley de Defensa del Consumidor en los seguros de Responsabilidad Civil Obligatorio del Automotor:**

Consideramos que la víctima de un siniestro cubierto por un seguro obligatorio de responsabilidad civil del automotor se encuentra inserta por disposición del 2° párrafo del artículo 1° de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, se encuentra amparada por las normas consumeriles, y por lo tanto recibe la tutela consagrada en dicha norma.

Entendemos también que por el carácter de orden público que la mencionada ley tiene y la consecuente indisponibilidad de sus normas por los particulares, se altera, en casos como el analizado, lo concerniente al efecto relativo del contrato, ya que consideramos que dicho principio es de aplicación esencialmente a los contratos paritarios y no a los de consumo.

Téngase presente que la tutela del artículo 42 de la Constitución Nacional, para hacerse efectiva, debe otorgarle el necesario alcance y eficacia a las normas que lo reglamentan, y ello se contrapone con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios pronunciamientos, en cuanto a que considera que *"...la ley 26.361 como ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente la ley especial anterior tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguros..."*.

No se trata aquí de confrontar ley general con ley especial, ya que lo que caracteriza la Ley de Defensa del Consumidor es la protección de un sujeto específico que se posiciona como tal frente a un contrato o a una relación jurídica y al cual se le aplican las normas protectorias específicas que no alteran ni modifican la regulación de la ley especial que refiere a la modalidad o características del acto jurídico que estamos analizando, es decir el contrato de seguro.

La ley de defensa del consumidor atraviesa transversalmente a todo el orden jurídico y la temporalidad de las normas no tiene relevancia en ello, en consecuencia es irrelevante que la ley de 17418 sea anterior a la normativa consumeril.

Por el orden público que surge de las normas protectorias del consumidor, a nuestro criterio las víctimas de accidentes de tránsito amparadas por el seguro obligatorio resultan en definitiva ser los destinatarios finales y en su propio beneficio.

Resulta evidente en los seguros "obligatorios" el "beneficiado directo" es la víctima del siniestro y el beneficiado indirecto es el propio asegurado. Como consecuencia de todo lo antes expuesto, es que de acuerdo a las pautas del Art. 1.092 del Código Civil y Comercial y al Art.1° de la Ley de Defensa del Consumidor, al ser la

Víctima de un accidente de tránsito el Beneficiario Directo y el Destinatario Final, se encuentra dentro de la categoría de Consumidor.<sup>1</sup>

En tal sentido refiere Waldo Sobrino, que por ello, de manera sintética, podemos señalar que algunas de las consecuencias legales y prácticas, pueden ser las siguientes: “a) Juicios abreviados. b) Gratuidad del procedimiento. c) Aplicación de las Cargas Probatorias Dinámicas d) Acción Directa contra las Compañías de Seguro.- Daños Punitivos. Aplicación de Daño Directo. d) Prescripción de Cinco (5) años. e) Ampliación de causales de interrupción de la Prescripción.f) Publicación de las condenas a las empresas. g) Efecto vinculante de la Publicidad. h) Sanciones a las empresas. i) Responsabilidad solidaria de la cadena de comercialización. Inoponibilidad de ciertas defensas de las Compañías de Seguros. j) Interpretación del seguro a favor del consumidor (víctima).k) Inaplicabilidad del principio del efecto relativo de los contratos. l) Declaración de Cláusulas Abusivas”.<sup>2</sup>

#### **4.- Conclusiones:**

Como consecuencia de lo antes expuesto entendemos que pese a la modificación de la normativa consumeril en la forma descripta, la víctima de un accidente de tránsito se encuentra abarcada por la legislación protectoria.

Compartimos la posición que sostiene “*si en un caso concreto existieran dudas acerca de si un sujeto es un tercero o un consumidor se deberá optar por asignarle la condición de usuario. La idea de protección del sujeto es más próxima a la Constitución Nacional que aquella que la restringe o anula; por eso, la duda -fáctica o normativa – siempre beneficia al usuario o consumidor: El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional*”<sup>3</sup>

La Ley 17418 – de gran factura técnica para el momento en que se redactó- se encuentra próxima a cumplir cincuenta y seis años desde su promulgación. Lamen-

---

<sup>1</sup> Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Código Civil y Comercial” por Waldo Augusto Sobrino Junio De 2017 [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar) Sistema Argentino De Información Jurídica Id SAIJ: DACF170268

<sup>1</sup> Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Código Civil y Comercial” por WALDO AUGUSTO SOBRINO Junio de 2017 [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar) SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA Id SAIJ: DACF170268

<sup>3</sup> Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras por FERNANDO E. SHINA 17 de Agosto de 2018 [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar) Id SAIJ: DACF180181

tablemente los tiempos corren y una norma que fue pionera en el derecho comparado, comienza a crujiir por todas sus partes y no resiste en varias circunstancias el filtro de constitucionalidad y convencionalidad, no sólo frente a la normas de protección del consumidor, sino también respecto a la reparación de daños.

La citada ley de seguros debe ser reemplazada en su totalidad por otra que otorgue debida respuesta a los derechos del consumidor en tanto asegurado, tomador o víctima sujeta a resarcimiento, proponiendo entre otras la modificación del antiguo instituto de la citación en garantía, por el de la acción directa contra la aseguradora.<sup>4</sup>

El camino es difícil y los intereses son muchos, pero nada es imposible.

---

<sup>4</sup> Al respecto ver nuestro trabajo publicado en *EL DERECHO* del 25/08/2021 N° 15.142 "La acción directa contra la compañía aseguradora y el carácter de consumidor de la víctima de un accidente de tránsito" Diego Alberto Rapoport

## **EJECUCIÓN DE CRÉDITOS NACIDOS ELECTRÓNICAMENTE. UNA MIRADA SOBRE LA EFECTIVA TUTELA JUDICIAL DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS.**

**Dr. Aníbal Matías Ramírez**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### **PONENCIA**

**A fin de evitar sentencias contradictorias en relación a la temática expuesta, así como algunas posturas insólitas como la mencionada más arriba, se requiere un abordaje legislativo de la cuestión, con una nueva mirada más flexible del art. 288 del CCCN, adecuándolo a la realidad económica y tecnológica actual. Asimismo, debe reformularse el proceso ejecutivo tanto para garantizar tanto la protección del crédito otorgado por canales digitales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso del consumidor financiero ejecutado.**

---

No resulta novedad que hemos asistido en los últimos años a una creciente digitalización de diferentes áreas de la economía. Por su parte la influencia que las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) han ejercido en sectores tradicionales han visto un exponencial desarrollo a partir de la pandemia de COVID-19, lo que implicó no sólo un gran aumento de la productividad de diversas industrias más o menos tradicionales, sino una notoria masificación en la oferta de productos y servicios.

La disrupción tecnológica permea, aunque siempre con retraso<sup>1</sup>, a diferentes áreas del derecho. La digitalización de los procesos, la desmaterialización de títulos valores y la prueba del acto jurídico resultan algunos ejemplos que demuestran la respuesta normativa a semejantes fenómenos económicos y sociales.

---

<sup>1</sup> "Derecho Comercial y Empresarial" Osvaldo E. Pisani, 2016, 3ª Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág. 2

En el caso de la oferta de recursos financieros, el fenómeno innovativo ha trasladado parte del negocio dominado por las entidades enumeradas en el art. 2º de la ley 21526 (Bancos comerciales; Banco de inversión; Bancos hipotecarios; Compañías financieras; Sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; Cajas de crédito y similares) a otros actores no bancarios como los Proveedores de Servicios de Pago (PSP) o Proveedores de Servicios de Créditos entre particulares a través de plataformas.

En su modelo de negocio, estas últimas ofrecen la posibilidad a los consumidores de obtener un crédito en forma sencilla modo sencillo a través de la contratación electrónica o *click wrap agreement* <sup>2</sup> desde un sitio web o bien desde una aplicación diseñada para teléfonos celulares.

La masificación de internet y la tecnología mobile han permitido una notable reducción del costo de otorgamiento de créditos, aumentando su rapidez y acentuando su desburocratización. De esta forma se extendió su oferta a un gran segmento de la población que no se encontraba bancarizada.

Sin perjuicio de ello, y paralelamente a la ocurrencia de este fenómeno, se han comenzado a apreciar las vicisitudes en torno a la protección del crédito nacido electrónicamente: el otorgamiento del crédito fintech<sup>3</sup> encontró como contrapartida una notable dificultad en el marco de las ejecuciones judiciales originadas ante la falta de pago del mismo.

Es necesario destacar que la contratación electrónica que permite el nacimiento del crédito fintech se perfecciona casi con exclusividad a través de la firma electrónica<sup>4</sup> del consumidor de servicios financieros, en sus diferentes variantes<sup>5</sup>. En la práctica, ya sea mediante la utilización de un web browser o de una app, el destinatario del crédito aceptará las condiciones predispuestas en una plataforma en la que previamente deberá haber autenticado su identidad e ingreso. Luego de ello, firmará elec-

---

<sup>2</sup> “Inconvenientes, dilemas y debates procesales de la ejecución de créditos fintech”, Gastón E. Bielli y Carlos J. Ordoñez. publicado en “Fintech: Aspectos legales”, MORA, Santiago. J. – PALAZZI, Pablo. A. (Compiladores), CDYT Colección Derecho y tecnología, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, Tomo III, compartido por Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático, “<https://iadpi.com.ar/2021/05/20/titulos-ejecutivos-electronicos-procesoejecucion>”

<sup>3</sup> Fintech es el vocablo anglosajón que surge del acrónimo entre *financial* y *techonology*.

<sup>4</sup> Ley 25506 art. 5º

<sup>5</sup> Entre otras, pueden enumerarse un patrón, un signo, una clave alfanumérica, un pin, etc. o cualquier otro modo de autenticarse

trónicamente el contrato, respetando las medidas de seguridad impulsadas por la plataforma, para finalmente recibir el dinero en una cuenta bancaria o virtual.

En sintonía con ello, recordemos que el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación establece *“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.”*

Paralelamente, el art. 5 de la ley 25506 determina el alcance la firma electrónica: *“Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”*

Resulta evidente, que en el marco de la contratación electrónica que da nacimiento al crédito, no se suscribe ningún título ejecutivo en los términos del art. 521 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires<sup>6</sup>. En razón de ello, iniciada la acción de cobro por parte del acreedor, deberá citar necesariamente al deudor al reconocimiento de su firma con el fin de la preparación de la vía ejecutiva, en los términos del art. 523 del CPCCBA<sup>7</sup>

A partir de este punto, podemos encontrar precedentes judiciales abocándose al tratamiento de esta problemática que evidencian dos posturas opuestas: 1) Aquella que ordena la preparación de la vía ejecutiva, considerando la validez de la firma electrónica y su aptitud para ser reconocida por el ejecutado; y 2) La que determina la ordinarización del proceso, en atención a la carencia de firma digital en el documento aportado para su reconocimiento,

En el primer sentido podemos encontrar el antecedente WENANCE S.A. c/ GAMBOA, SONIA ALEJANDRA s/EJECUTIVO 34889/2019 Juzgado Comercial N° 23, del 14 de Febrero de 2020: *“Y ello, pues para concluir que existe un instrumento particular firmado mediante una firma que no fuera “digital”, según la interpretación más amplia, sería necesario demostrar previamente a la luz del citado art. 288, como recién*

---

<sup>6</sup> Corresponde al artículo 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>7</sup> Corresponde al artículo 525 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

*lo destacó, si el mecanismo implementado asegura indubitablemente la autoría e integridad del documento, lo cual requeriría la realización de un peritaje informático – quebrando la secuencia natural del proceso ejecutivo- destinado a pronunciarse sobre el procedimiento técnico aplicado para la creación de la firma electrónica invocada que se habría empleado en este contrato de mutuo electrónico y en particular si ese procedimiento asegura aquellos dos aspectos”.*

Por el otro lado, encontramos “AFLUENTA S.A. C/ CELENTANO ACEVEDO SANTIAGO EGIDIO S/ COBRO EJECUTIVO”, LM - 2645 –22, precedente emitido por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de La Matanza, el 8 de Junio de 2022

Se dijo allí que: “... El interrogante que se presenta, entonces, es si el mutuo electrónico es susceptible de ser reclamado por este trámite, o si por el contrario, la ausencia de firma ológrafa constituye un obstáculo para la preparación de la vía... Una interpretación literal de las normas aplicables en la ley fonal (arts. 287, 288, CCyCo.), a priori, llevaría a concluir que el mutuo suscripto electrónicamente no es un instrumento privado propiamente dicho, sino un instrumento particular no firmado y, por ende, se trataría de un título que no trae aparejada ejecución....Sin embargo, una interpretación más amplia del texto del artículo 288 del CCyCo., la cual comparto, ha afirmado que “la terminología utilizada en la norma deberá interpretarse inclusiva de cualquier procedimiento que se desarrolle en el futuro que asegure autoría e integridad del documento aun cuando sus características técnicas sean diferentes a la firma digital conocida en la actualidad”.(D’Alessio, Carlos M.: “Código Civil y Comercial de la Nación, comentado” - Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.) - T. II - Ed. Rubinzal-Culzoni - Bs. As. - 2015 - pág. 121) ...Por todos los argumentos expuestos, analizadas las constancias objetivas que emergen de la causa, propongo a mi Colega de Acuerdo admitir el recurso en análisis, en el entendimiento que la preparación de la vía ejecutiva (art. 523 CPCC), salvaguarda tanto la garantía del acreedor de poder realizar judicialmente de manera rápida y expedita su acreencia, como la defensa en juicio del ejecutado, quien en definitiva es citado para indicar si el instrumento es o no de su autoría, contando con todas las defensas que el ordenamiento procesal pone a su disposición en caso que así no sea. Es que también debe sopesarse el impacto social y económico que tienen las decisiones judiciales, y la incidencia negativa que traería aparejada una decisión contraria a la que aquí se propone, tanto en el mundo del crédito como a nivel micro y macroeconómico.”

Ahora bien, la problemática que se plantea con la procedencia – o no - de las ejecuciones planteadas en los términos precedentes, suele mantener un abordaje uniforme, centrado en las consideraciones en torno a la firma electrónica como efectiva

prueba del acto jurídico y en este sentido la posibilidad de utilizar el canal ejecutivo como vía de recupero del crédito.

Sin perjuicio de ello, poco se ha dicho de la conveniencia del deudor citado a someterse a las reglas del proceso ejecutivo o del ordinario. Aún sin expresarlo nítidamente, puede apreciarse en la tesis que opta por la vía ordinaria para el recupero del crédito nacido electrónicamente una inclinación tuitiva e incluso favor debitoris, en la medida que las características propias del juicio ordinario y la amplitud probatoria en él establecida se presentan como una garantía de la defensa en juicio del ejecutado.

En un fallo dictado el 23 de febrero de 2023, en autos caratulados “AFLUENTA S.A. C/ VILLEGAS FABRICIO EDUARDO S/ COBRO EJECUTIVO”, por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Morón, se determinó la procedencia de la vía ejecutiva en un proceso de ejecución donde el título portaba firma electrónica y en el que el accionado en su momento no opuso excepción alguna al proceso, sino que por el contrario compareció y se allanó. Llamativamente, el agente fiscal –aún mediando esta circunstancia - señaló: *En atención a la vista conferida, he de advertir que este Ministerio Público, en fecha 16/09/21, se expresó respecto de la viabilidad de la acción incoada en la presentación liminar, basándose en la documentación digitalizada en fecha 07/09/21. Así las cosas, al momento de dictaminar, se puso de resalto la inexistencia de firma digital o electrónica del demandado en el contrato de mutuo acompañado, enmarcando a dicho instrumento en uno particular no firmado (arts. 287/288 del CCCN) y, por consiguiente, no posible de servir como base para la preparación de la vía ejecutiva, debiendo el accionante, previo a dar curso a la acción, haber acreditado que el contrato se celebró con las formalidades requeridas.*

Una vez oído el Sr. Representante del Ministerio Público, el Juez de primera instancia determinó la ordinarización del proceso, resolución que luego fue revocada por la Alzada.

Ahora bien, entendemos que el ropaje del juicio ejecutivo impide ventilar cuestiones probatorias complejas o de mayor extensión y que en esos términos el legislador entendió la conveniencia de que determinados procesos adoptaran un formato amplio, con mayor laxitud en cuanto a los plazos y con un marco probatorio de amplitud.

De todas formas, cabe preguntarse si en los casos relacionados con la ejecución de una deuda tiene algún sentido ordenar el trámite de mayor extensión que ofrece la norma adjetiva tomando como premisa la tutela judicial efectiva y el debido

proceso del ejecutado. Qué puede decirse cuando es el propio deudor el que se allanó a la demanda? Existe alguna necesidad en esa circunstancia de activismo judicial? No se obliga al ejecutado a cargar con mayores costos evitando un proceso acotado? No exponemos al sistema entero a sostener litigios ineficaces? No influye negativamente en el encarecimiento del crédito al consumidor? Tiene alguna función socialmente útil en este caso el activismo judicial?

Suponiendo que en el marco del proceso citado se hubiera estado finalmente por el trámite ordinario, y en ese sentido el ejecutante para llegar a la obtención de la sentencia definitiva debería transitar –junto al ejecutado– la mediación prejudicial obligatoria, la etapa inicial del proceso, la probatoria, la sentencia y una eventual revisión de la alzada. Considerando que finalmente se trata de la ejecución de una deuda, entendemos que la situación deviene en un auténtico sinsentido, contrariando incluso el art. 53 de la ley 24240.

### **Conclusión**

De acuerdo a lo expuesto, podemos afirmar que a fin de evitar sentencias contradictorias en relación a la temática expuesta, así como algunas posturas insólitas como la mencionada más arriba, se requiere un abordaje legislativo de la cuestión, con una nueva mirada más flexible del art. 288 del CCCN, adecuándolo a la realidad económica y tecnológica actual. Asimismo, debe reformularse el proceso ejecutivo tanto para garantizar tanto la protección del crédito otorgado por canales digitales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso del consumidor financiero ejecutado.

## **RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS Y EL JUEGO INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS DE CONSUMO.**

**Dra. Claudia Rosana Paniagua**

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados Lomas de Zamora

---

### **PONENCIA**

**Los abogados somos proveedores de servicios jurídicos y el cliente el consumidor de los mismos. El devenir de la conducta social provoca ya como futuro cercano, la inclusion, aunque cuestionadamente, de nuestros servicios profesionales en la materia de consumo, debiendo readaptarse la interpretacion de las normas existentes o en su caso reformar las que una simple argumentacion las considera contradictorias.**

---

En la estructura tradicional de la función resarcitoria de la responsabilidad civil y con relación a nuestra profesión de abogados, los colegas no dudaríamos en evaluar los presupuestos de la responsabilidad tomando el factor de atribución subjetivo como determinante , verificada la existencia del daño, nexo y antijuridicidad. Lo cierto es que el abogado solo debería argumentar en su defensa frente a la imputación de un daño el cumplimiento de la *lex artis*. Pero no es tan simple. La función preventiva de la responsabilidad ya se independiza de la incidencia de los factores de atribución (art. 1710-1711 CCYCN)

Por la incidencia de los arts 2 , 3 de la LCD y 1092 a 1095 CCYCN art. 42 CN art 16 CN y concordantes, entra en juego la temporalidad de la ley general con la especialidad de las mismas. Si bien el art. 2 LCD excluye en su ultimo párrafo a la actividad desarrollada por los profesiones liberales con título universitario y control de matrícula por los diversos colegios profesionales, lo cierto es que ante la publicidad de sus servicios y/o encarar su actividad a modo de empresa y aun más cumpliendo un rol de sustitución del proveedor dicha exclusión no procede aunque su interpretación debiera ser restrictiva. Por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación, ley

general posterior a la especial de consumo, encuadra la relación de consumo, el contrato, la interpretación y prelación normativa y así brinda una directriz en cuanto a la interpretación de esos contratos a través de sus artículos. El código ingresa al campo del derecho al consumidor, recepciona sus normas y pareciera incluir las actividades profesionales sin excepciones de ninguna especie.

¿Somos los abogados proveedores de servicios jurídicos?

¿Es el cliente un consumidor de servicios jurídicos conforme la caracterización del código?

La normativa del 2015 parece ampliar en relación de consumo con la delimitación del art. 2 LCD pero sin exclusiones y la respuesta al interrogante anterior puede parecer afirmativa.- Así es si además debemos aplicar el “in dubio pro consumidor”, el asunto resolverlo con la solución más favorable al consumidor art 1094 CCYCN y en caso de duda aplicar la menos gravosa a ellos art. 1095 CCYCN . Varios son los principios que rigen la materia y se nos presenta no sólo el in dubio pro consumidor.- y el art. 8 LCD sobre la vulnerabilidad?? , siempre es vulnerable el consumidor ¿?? la duda nos da motivo a interpretar en su favor??

Aparece como una cuestión interpretativa novedosa la aplicación de tal o cual normativa desde la sanción del año 2015 del CCYCN que nos hace pensar que sus disposiciones en materia de consumo ,que parecieran en principio contradictorias con la norma especial, en realidad se complementan y enriquecen la materia consumeril. Una vez más nos encontramos frente a la necesidad de interpretar la norma adaptando temporalmente a las conductas sociales que reglan, si no queremos caer en desuetudo. -Optar por una u otra opción interpretativa implica ni más ni menos que nuestra actividad profesional con título universitario oficial habilitado, regulado y controlada la matrícula por los colegios profesionales jurisdiccionales, quedará excluida del ámbito de consumo por disposición de la LDC, salvo publicidad de servicios –y eso es otro tema- o desarrollo en forma empresarial o sustitución del proveedor.-

Si optamos por la aplicación del concepto amplio y general del CCYCN con todos sus artículos, quedaríamos incluidos los abogados ya que seríamos considerados proveedores de servicios jurídicos frente a un consumidor –cliente- sin importar publicidad o gestión a modo colaborativo de empresa.- La opción acarrea consecuencias jurídicas distintas. Qué factores de atribución aplicamos seguiremos con la atribución subjetiva o muy por el contrario primara la atribución objetiva y la inversión de la carga probatoria??.-

La idea no es superflua. Las nuevas corrientes del pensamiento jurídico de la mano de los principios consagrados constitucionalmente (art. 42 art 16 CN) nos marcan una necesidad de adaptarse a los nuevos tiempos.

Qué privilegio puede tener una profesión liberal caracterizada por la ley ,en este caso proveedora de servicios jurídicos, frente a otro proveedor de otro tipo de servicios? y cómo atenta ello contra el derecho de igualdad al quedar o no incluido en la materia de consumo?.

Francia, Italia España Alemania, ni discuten ya la inclusión de los servicios jurídicos dentro de la ley de consumo sin diferenciar ítems o situaciones que nuestra ley excepciona. Latinoamérica -salvo Colombia y Ecuador- excluye con determinadas pautas en general a los servicios jurídicos incluyendo una casuísticas que varían según los países.

Los tribunales administrativos de consumo rechazan los pedidos de trámite con relación a estas profesiones liberales tipificadas en el art. 2 LDC ultima parte e indicar a que institución deben remitirse lo requirentes.

La jurisprudencia nacional y provincial en general rechazan la aplicación de la ley de consumo a las profesionales liberales , excluyéndolas y resolviendo una cuestión de daños por los razonamientos tradicionales aplicando el factor de atribución subjetivo.

No olvidaremos, por cierto ,las reglas interpretativas con relación a la temporalidad y especialidad de las leyes de la Corte Suprema donde una ley general no deroga implícitamente a una ley especial por más que aquella sea posterior.

Es necesario adaptar armónicamente a los nuevos tiempos la interpretación de la totalidad de las normas de consumo con relación al ejercicio profesional. Los abogados/as/es somos proveedores de servicios jurídicos y el cliente el consumidor de los mismos. El devenir de la conducta social provoca ya como futuro cercano, la inclusión, aunque cuestionadamente, de nuestros servicios profesionales en la materia de consumo, debiendo readaptarse la interpretación de las normas existentes o en su caso reformar las que una simple argumentación las considera contradictorias.

## MARKETPLACE E INTERMEDIACIÓN: HACIA LA TRAZABILIDAD Y TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

**Dra. Lidia Estela Di Masullo**

Instituto de Derecho Comercial "Ángel Mauricio Mazzetti"  
del Colegio de Abogados de Lomas De Zamora

---

### PONENCIA.

*Si bien la actuación del marketplace se presenta como un factor determinante de su responsabilidad, por los negocios generados a través de su plataforma, resulta ser una delgada línea sobre la cual no existe un criterio uniforme, por eso la comunidad europea apunta a la trazabilidad y transparencia algorítmica.*

---

### I.- INTRODUCCIÓN

La tecnología en materia de comunicaciones e información avanza a un ritmo vertiginoso; desde la aparición de Internet la innovación en la materia es constante y acontece a un ritmo exponencial e impacta directamente sobre la forma en que las personas se comunican y entablan relaciones comerciales.

El comercio tradicional cedió paso al e-commerce y apareció el "Marketplace"<sup>1</sup> como nuevo espacio a través del cual contratar y sin necesidad de trasladarse a los comercios para adquirir bienes o servicios dado que éstos se encuentran a tan solo un "click" o un "touch". Y como todo cambio esta nueva modalidad de contratación, trae aparejada una serie de conflictos que resultan complejos de resolver dada la inexistencia de normas específicas al respecto.

---

<sup>1</sup>El término "marketplace" proviene de la conjunción de dos términos en inglés: market (mercado) y place (lugar); es un sitio web donde diferentes proveedores de bienes y servicios los ofrecen para su comercialización; su concepción es similar a un shopping pero en la red: un centro comercial en línea. Los primeros marketplaces surgieron en el último lustro de la década del 90, como Amazon, eBay y Mercado Libre.

Como bien lo señala Brizzio (2009), las nuevas tecnologías propiciaron que gran cantidad de personas accedan a dispositivos cada vez con mayores funciones y mucho más rápidos, "...generan la necesidad de efectuar un replanteo sobre unapossible adecuación normativa de los conceptos jurídicos tradicionales."<sup>2</sup>, un nuevo "ius-gentium" como reclama de Martino.<sup>3</sup>

## II.- CONTRATACIÓN EN LAS PLATAFORMAS: RELACIONES ENTRE LAS PARTES INTERVINIENTES Y DIFERENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En este contexto digital denominado "sociedad de la información"<sup>4</sup> se encuentran los diferentes tipos de Marketplace<sup>5</sup>, pero el que aquí interesa es el que conecta a proveedores con consumidores (B2C) dado el alto grado de litigiosidad que presenta.

En este tipo de marketplace las distintas partes que van a interrelacionarse son, en primer lugar las plataformas que ofrecen su espacio virtual para la concertación de negocios. En segundo lugar los proveedores de los diferentes bienes y servicios que se comercializan en el sitio. Y finalmente los consumidores. Entre los tres actores mencionados se van establecer varias relaciones<sup>6</sup>, a) entre la plataforma y el proveedor, b) entre la plataforma y el consumidor; c) entre el consumidor y el proveedor de los bienes o servicios.

---

<sup>2</sup>Brizzio, Claudia R., 2009, "El rol de los actores en internet como determinante de la responsabilidad - 1era parte", Id SAJ: DACF100060, disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf100060-brizzio-rol actores en internet.htm>

<sup>3</sup>Martino, Anselmo Antonio, citado por Brizzio, op. cit. en 2

<sup>4</sup> Cabe aclarar que el concepto no es nuevo, dado que fue expuesto por primera vez en 1962, por el economista Fritz Machlup en su libro "The Production and Distribution of Knowledge in the United States", donde reseñó sus observaciones sobre la transformación de la sociedad industrial y cómo el control y optimización de los procesos industriales eran sustituidos por el control y manejo de la información; fue en 1980 que la noción se popularizó debido a la publicación del libro de Yoneji Masuda, "The information society as a post industrial society".

<sup>5</sup>Los Marketplace pueden clasificarse: 1) en función de los artículos que comercializan pueden ser: a.- de tipo vertical o de nicho: dedicados a un rubro /producto específico; o b.- de tipo horizontal o general: que comercializan toda clase de artículos/servicios; 2) de acuerdo a quiénes son los contratantes pueden ser: B2B (business to business) destinados a la contratación interempresaria; B2C ((business to consumer) dedicados a la contratación entre proveedores y consumidores; o C2C (consumer to consumer) diseñados para conectar consumidores con consumidores.

<sup>6</sup>Silva, Lucas D., 2021, "La responsabilidad de las plataformas de e-commerce",

IV- I. 3, disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/06/11/doctrina-la-responsabilidad-de-las-plataformas-de-e-commerce/>

Una cuestión de suma importancia es determinar cómo se califica la actuación desplegada por la plataforma, dado que de ello dependerá el grado de su responsabilidad frente a las situaciones conflictivas que puedan plantearse con los consumidores.

Dada la inexistencia de normas específicas en el derecho argentino, la jurisprudencia es quien ha esbozado los lineamientos de la responsabilidad de las plataformas en su vinculación con consumidores, pero sus expresiones resultan divergentes. Como lo señala Lorenzetti (2000)<sup>7</sup> los diferentes criterios jurisprudenciales pueden agruparse en tres posturas.

La primera de ellas, considera que las plataformas son “meros intermediarios”<sup>8</sup> que limitan su actividad a ofrecer el uso y goce de un sitio virtual y cobrar por dicha prestación; es decir que prestan un servicio de alojamiento (hosting)<sup>9</sup> en cuyo caso la plataforma está exenta de responsabilidad, dado que ha sido ajena a la contratación llevada a cabo entre el proveedor y el consumidor.<sup>10</sup> Este fue el criterio sustentado en los fallos Gomez Maciel<sup>11</sup>, Kosten<sup>12</sup> y Vergara.<sup>13</sup>

La segunda postura estima que el proveedor del sitio, además de ofrecer su uso y goce, participa organizando, optimizando y promoviendo las ofertas del proveedor de bienes y servicios; como ejemplos de éstas actividades extras pueden citarse: el ofrecimiento de medios de financiación para el pago y la inclusión del registro de la dirección del oferente en algunos buscadores; esta tesitura también señala la existencia de una conexidad contractual conforme la letra del art. 1.073 del CCyC. Por lo

---

<sup>7</sup>Lorenzetti, Ricardo L., 2000, “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, Ed. La Ley, 18/7/2000.

<sup>8</sup>Cancio, Sebastián J.. 2019, “Comercio electrónico: la posición neutral de la plataforma y la negligencia del consumidor como eximentes de responsabilidad. Nota a fallo”, 3-(a), disponible en: <http://www.aidaargentina.com/wp-content/uploads/Comercio-electr%C3%B3nicoSC.pdf>

<sup>9</sup>Bevolo, Luciano Gustavo, 2021, “Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico en las relaciones de consumo”, Cap. Primero, 3 y 3.1 disponible en : <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1958/Responsabilidad%20de%20las%20plataformas%20de%20comercio%20electr%C3%B3nico%20en%20las%20relaciones%20de%20consumo.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ; Brizzio, Claudia R., 2009, “El rol de los actores en internet como determinante de la responsabilidad - 1era Parte”, IV.10, disponible en : Id SAIJ: DACF100060

<sup>10</sup> Para esta postura el Marketplace es un simple hosting y como nota distintiva se aprecia que el hospedador solo cobra por la publicación, es decir que su actividad es similar a la realizada por los diarios de avisos clasificados.

<sup>11</sup>Gómez Maciel, F. c/ Dridco S.A. s/ Ordinario, CNACom. Sala B, 7/3/2017.

<sup>12</sup>Kosten, Esteban c. Mercado Libre s/ Ord., CNACom., Sala D, 22/03/2018.

<sup>13</sup>Vergara G. R. c/ Energgroup, CNACom, Sala E, 20/12/2019.

tanto la posición del Marketplace es activa, dado que toma partido y está interesado en que la negociación se concrete para percibir su comisión, lo que si le genera responsabilidad.<sup>14</sup> Es el argumento sostenido en los fallos Claps<sup>15</sup>, Ferreiro<sup>16</sup> y Bayo<sup>17</sup>.

La tercera, es una postura ecléctica: estima que las plataformas, en principio, no tienen responsabilidad pero pueden ser responsabilizadas en caso de que su conducta sea reprochable.<sup>18</sup> Es decir que le cabe responsabilidad cuando no obró con la debida prudencia y diligencia atendiendo a su carácter profesional, y según lo legislado en el código de fondo sobre “valoración de la conducta” (art. 1.725CCyC); por ende su responsabilidad surge por aplicación de los criterios subjetivos de atribución (art.1.724CCC).

### III.- UNA RESPUESTA BASADA EN LA TRAZABILIDAD Y LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

La discrepancia de criterios -tanto doctrinales como jurisprudenciales- no es atributo exclusivo del contexto argentino; en la Comunidad Europea (CE) la situación era similar; por ello, frente a la necesidad de que exista una respuesta uniforme que permita afianzar la seguridad jurídica, la CE plantea una concepción novedosa con la adopción del Reglamento UE 2022/2065<sup>19</sup> que pone el foco en la trazabilidad y la transparencia algorítmica.

En concreto, la normativa dedica el Capítulo II a regular sobre la responsabilidad

---

<sup>14</sup>Esta postura entiende que el proveedor del sitio web es un “intermediario”, que forma parte de la cadena de comercialización conforme lo prescribe el art.40 de la Ley de Defensa del Consumidor, por lo tanto su responsabilidad surge de dicha norma.

<sup>15</sup>Claps c/ Mercado Libre S.R.L., CNACiv., Sala K, 5/10/2012.

<sup>16</sup>Ferreiro c. Mercado Libre S.R.L., CCiv. y Com., Jujuy, Sala III, 15/9/16.

<sup>17</sup>Bayo, C. E. y Otro c/ Almundo SRL s/ Demanda de Der del Consumo, Tribunal Primera Inst. CyC., Rosario, 9/12/2019

<sup>18</sup> Quienes postulan este criterio, entienden que si la plataforma pudo tomar conocimiento de alguna ilicitud y no actuó con la debida diligencia es responsable por los daños que su negligencia generó. Es una situación similar a la que aconteció en los casos “Nike International Ltd. c. Deremate.Com e Argentina S.A. s/ cese de uso marcas y Ds y Ps”(C. Nac.civ., Sala I, 05/05/2015) y “Nike International Ltd. c. Compañía de Medios Digitales Cmd S.A. s/ cese de uso de marcas (C. Nac. Civ., Sala III, 21/5/2015), por la comercialización de productos falsificados.

<sup>19</sup> El Reglamento UE2022/2065,(Reglamento de Servicios Digitales -DSA por sus siglas en inglés Digital Service Act-) fue adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 19 de Octubre de 2022, La normativa reemplaza a la Directiva 2000/31. Disponible en : <https://www.boe.es/doue/2022/277/L00001-00102.pdf>

de los prestadores de *servicios intermediarios*, y reúne bajo esta noción a quienes prestan una actividad de mera transmisión (art.4), de memoria caché (art. 5) y de alojamiento de datos (art.6); éstos prestadores serán beneficiados con la *exoneración de responsabilidad* si cumplen ciertas condiciones, entre las que figuran no haber modificado la información, o no tener conocimiento de la actividad ilícita. Sin embargo, la nueva normativa presenta un cambio significativo en lo referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios que se dedican al alojamiento de datos<sup>20</sup> El art. 6 establece, en principio, que cuando se trate de «almacenar información facilitada por un destinatario del servicio», el prestador estará exento de responsabilidad si cumple determinadas condiciones tales como:

a) *“no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito”* y, tratándose de pedidos indemnizatorios, *“no sea consciente de hechos o circunstancias...”* que evidencien la ilicitud; y

b) en caso de tomar conocimiento de la ilicitud actúe con prontitud para retirarla o bloquearla.

Pero, y aquí está lo novedoso; la exención no procederá si se trata de

*“...plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.”* (art.6, ap. 3).

Este precepto que cambia fundamentalmente el encuadre para la procedencia de la exención, es la respuesta para resolver los litigios de imputación de responsabilidad a las plataformas que se amparaban en la circunstancia de ser meros sitios de alojamiento de datos. Como crítica a la norma puede plantearse la imprecisión de la calificación de “consumidor medio”; circunstancia que deberá analizarse en cada caso particular y deja por ende una zona nebulosa.

En el Capítulo III, bajo el título *“Obligaciones de diligencia debida para crear*

---

<sup>20</sup> El Reglamento define en el art 3, ap.g iii el servicio de «alojamiento de datos», como aquél consistente en «almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este»

un entorno en línea transparente y seguro”, despliega toda una serie de obligaciones en cabeza de las plataformas, cuyo incumplimiento genera severas multas que pueden alcanzar hasta el 6% de la facturación anual mundial de la plataforma (art.52. p.2)

En lo que respecta a la trazabilidad las “muy grandes tiendas on line”<sup>21</sup> tendrán la obligación de rastrear a los proveedores de bienes y servicios, es decir que deberán asegurarse que en caso de ser necesario puedan ser localizados. Así está previsto en el art. 30 «Trazabilidad de los comerciantes», que además les exige evaluar la fiabilidad y completitud de los datos aportados por ellos.

En lo concerniente a la «transparencia algorítmica», el reglamento les exige asegurarse que su interfaz en línea esté diseñada y organizada de forma que los comerciantes cumplan con sus obligaciones relativas a la información precontractual, a las relacionadas con la conformidad y con la seguridad del producto<sup>22</sup>.

Pina (2022)<sup>23</sup> señala que con esta imposición a las grandes plataformas, se busca “...permitir a los titulares de derechos identificar al infractor, responsable directo del ilícito,” por ejemplo por la venta de productos falsificados o robados.

Al igual que lo disponía el art. 15 de la Directiva 2000/31, el Reglamento también dispone en su art.8 la inexistencia de una obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen la presencia de un ilícito. Pero les exige realizar un análisis y evaluación de riesgos sistémicos derivados del diseño o funcionamiento de los algoritmos (arts 33 y 34),

En lo concerniente a la información el art. 32. ap. 2 requiere transparencia algorítmica en la interfaz en línea de la plataforma, y la misma exigencia se aplica la publicidad (art 39).

Como puede apreciarse, la Unión Europea tiene como objetivos luchar contra la proliferación de actividad y contenido ilícito en Internet, y proteger los derechos de los usuarios/consumidores. Y para cumplir con ese propósito ha creado el Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica (ECAT).

---

<sup>21</sup> Para arribar a esta la calificación se tiene en cuenta que el promedio mensual de usuarios supere el 10% de la población de UE que actualmente es de aproximadamente 45 millones de usuarios. Así lo dispone el art.33.

<sup>22</sup>Esta exigencia a las muy grandes plataformas está plasmada en el art..31“Cumplimiento desde el diseño”.

<sup>23</sup>Pina, , 2022, “Ley de Servicios Digitales (DSA): un nuevo marco legal para las plataformas digitales de servicios intermediarios”, disponible en: [https://www.garrigues.com/es\\_ES/garrigues-digital/ley-servicios-digitales-dsa-nuevo-marco-legal-plataformas-digitales-servicios](https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-servicios-digitales-dsa-nuevo-marco-legal-plataformas-digitales-servicios)

Esta entidad, con sede principal en Sevilla, será la encargada de anticipar y prevenir algunos de los efectos negativos de los sistemas algorítmicos al analizar la estructura y funcionamiento de los mismos.

#### **IV.- COLOFÓN**

Las medidas adoptadas por la CE en la búsqueda de unificar los diversos criterios determinantes de la responsabilidad de los Marketplaces, pueden sintetizarse en la letra del Reglamento UE 2022/2065, a través de las nociones de “transparencia algorítmica” y “trazabilidad”.

La meta que se propuso la CE es muy ambiciosa, sin embargo ha desplegado toda una serie de herramientas jurídicas e institucionales para llevarla a cabo. El tiempo dirá si logra hacerla realidad.

## LA HUMANIZACIÓN DE LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO COMERCIAL

**Dr. Germán Alberto Pizzano**

Colegio de Abogados de Quilmes

---

**PONENCIA:** La perspectiva Derechos Humanos y de reconocimiento de la hipervulnerabilidad de personas objeto de tutela jurídica, sensibiliza y conmueve directamente a las diversas disciplinas del Derecho Comercial y provoca una repercusión jurisprudencial de gran utilidad para la praxis jurídica, hacia una Constitucionalización del Derecho Comercial.

---

**Abstract:** Desde principios de Siglo se fue produciendo paulatinamente la irrupción de una concepción humanista y de Hipervulnerabilidad de determinadas personas objeto de tutela jurídica, con origen en Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, con su consecuente repercusión normativa positiva y jurisprudencial. Abordar la praxis jurídica desde esta perspectiva, posibilita la flexibilización de parámetros rigurosos, estrictos o “inamovibles” de la norma, produciéndose novedosos resultados de afianzamiento de la Justicia, que otrora parecían impensados.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Derecho Comercial, Constitucionalización, vulnerabilidad, tutela, Justicia.

### INTRODUCCIÓN

El sistema de Derechos Humanos establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Ley 23.054-, la publicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos dispuesta por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de Derechos Humanos y las empresas: para Proteger, Respetar y Remediar, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU dictó la Resolución 17/4, del 16 de Junio de 2011; la Convención Interamericana para Pre-

venir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belem do Pará” –Ley 24.632-; la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores –Ley 27.700-, nuestra propia Constitución Nacional y provinciales, la normativa tutelar de las personas como por ejemplo en el Derecho Consumeril –Ley 24.240- y la Resolución N° 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior, al establecer que se consideran consumidores hipervulnerable a las y los consumidores que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores; “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de Vulnerabilidad” –Acorda CSJN 5/2009- nos posibilitan repensar las instituciones propias del Derecho Mercantil –en sus diversas disciplinas- en pos de flexibilizarlas con la finalidad última –reitero- de afianzar la Justicia, otorgando vigencia sustancial al mandato constitucional que consta en el Preámbulo.

Nos encontramos ante una Constitucionalización del Derecho Privado: “Principios como el pro homine, pro consumidor, progresividad, pro debilis o de protección al vulnerable, la buena fe, la prohibición de ejercer abusivamente los derechos, la nulidad por fraude a la ley, el orden público, la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la prohibición de dañar a otro o en su caso de reparar el perjuicio ocasionado de manera integral, el deber de prevención, entre otros, resultan rectores a la hora de evaluar la aplicación de una norma o su desplazamiento teniendo en cuenta que las antiguas pautas interpretativas que ya no son apotegmas dogmáticos a seguir y que por supuesto tiene una incidencia directa con la normativa que surge de la ley concursal. Lo cierto es que la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales ha producido una transformación en el campo de las fuentes del derecho interno desde el año 1994 habiéndose profundizado con la sanción del Código Civil y Comercial y su norma interpretativa del derecho contenida en el art. 2. Todo ello entraña la asunción de correlativas obligaciones estatales frente a los individuos y frente a la comunidad internacional, y la inserción en sistemas supranacionales con competencia para controlar. Estas circunstancias repercuten en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales e infraconstitucionales. A la luz del derecho internacional y de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (pacta sunt servanda), al tiempo que no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno, incluso las constitucionales, como justificación del incumplimiento de un tratado. **La constitucionalización del derecho privado**

es la tendencia moderna a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que éstas se rigen por principios especiales desconectados de los estándares constitucionales, de los principios o valores generales.”<sup>1</sup>

## REPERCUCIONES EN LAS DISCIPLINAS PROPIAS DEL DERECHO COMERCIAL

Esta tendencia constitucionalista hacia un Derecho y una Justicia más tutelar, protectoria y humana fue paulatinamente avanzando en las diversas disciplinas que integran el Derecho Comercial:

### **Derecho Cartular:**

Como antecedente de esa tendencia podemos señalar como la normativa de orden público del Derecho del consumidor fue desplazando la normativa y las tradiciones centenarias del Derecho Cambiario, CCCR, Sala I, «Grimaldi, Elba Lucía c/ Echenique, Patricia s/ Demanda Ejecutiva», CUIJ 21-04945394, Expte. 427/2014, Acuerdo N.º 59 del 23 de marzo de 2016.<sup>2</sup>

### **Derecho Falencial:**

#### **Quiebra del consumidor híper vulnerable:**

“Se declara la quiebra de un consumidor hipervulnerable cuyo salario es objeto de descuentos que arrojan un remanente inferior al salario mínimo vital y móvil. Sumario: 1.-Procede admitir el pedido de propia quiebra efectuado por un consumidor hipervulnerable cuyo salario no supera el tope de dos salarios mínimos y calificar al proceso como pequeña quiebra de consumidor, en los términos y a los efectos que prescribe el art. 288 de la Ley 24.522, porque se acreditó que dicho salario está afectado al pago de cuotas de créditos y es elocuente el endeudamiento por sobre su capacidad de pago con medios regulares, atento que el importe del que efectivamente puede disponer, resulta inferior sustancialmente al salario mínimo vital y móvil determinado en la res. 11/21 CNEP y SMVyM del 24.09.2021 desde Febrero de 2022. 2.- A priori, el pedido de quiebra directo voluntario para procurar la percepción del salario

1 y 3. DECONOMI. AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL). “**Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19**” por Gabriela Fernanda Boquin.

2. Alessandrini, Juliana – González, Soledad A. Fecha: 20-abr-2017.Cita: MJ-DOC-10693-AR.

ahora sin las disminuciones por los descuentos pactados preferencialmente, no puede considerarse ajeno a la finalidad del sistema concursal pues es procurar lo que en términos extranjeros se denomina freshstart y, en ello, la quiebra directa voluntaria funge como un remedio para el sobreendeudamiento del ‘hombre común’. 3.-La declaración de quiebra no requiere de la existencia de bienes a liquidar.” A mayor abundamiento, corresponde citar el art.47 de C.P.C. y C. (Ley 6556), que dice. ”Se consideran en **condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico**”. Que, asimismo, la **Resolución N°139/20290** – considerada complementaria de la Ley 24240- establece que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos **consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores**. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo. Artículo 2°.- A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: i) situaciones de vulnerabilidad socioeconómica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles. Trátándose de la quiebra de un consumidor, el fallido conservará su fuente de trabajo y su correlativa fuente e ingresos que será incautada por la sindicatura en un porcentaje del veinte (20%) de sus ingresos hasta el cese de la inhabilitación (art. 236 L.C.Q.), debiendo con motivo del dictado del auto de quiebra, cesar los descuentos preconvencidos en su haber y sobre su cuenta sueldo, lo que deberá ser comunicado a los acreedores. MARINA ALEJANDRA ANTÚNEZ. Juez.” Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Corrientes. Sala/Juzgado: IX. Fecha: 11-mar-2022. “F. G. D. S/ PEDIDO DE QUIEBRA” Expte. N°225701/22; Secretaría N°17.

**Modificaciones al sistema de Privilegios:** Siguiendo a la jurista Gabriela Boquín: “...debemos apreciar que la condición de ciertas personas humanas resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico y por ende también atraviesa a el sistema concursal, prueba de ello el tratamiento dado por la Corte en el caso “**Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s Incidente de verificación R.A.F y L.H.R de F**”<sup>9</sup> o los

votos en disidencia de los Dres. Maqueda y Rossatti en **“Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”**<sup>10</sup> en los cuales por la consideración de vulnerable del acreedor (menor discapacitado) **se dicta el jaque mate al sistema de los privilegios declarándose la inconstitucionalidad de los mismos estableciéndose un privilegio especial prioritario o de primer orden (prioritario de cualquier privilegio especial y general conforme lo resolviera el juez de primera instancia)**. Ya varios Jueces del fuero Comercial se han hecho cargo del concepto de vulnerable y de la necesidad de un tratamiento particular en los expedientes concursales, tal es el caso que se trató en la **“Economía Comercial SA de Seguros generales y otro s/ quiebra s / incidente de verificación por Tules Yolanda Erminia”** en el cual se declara el pronto pago de un crédito no laboral de un adulto mayor enfermo o en **“Cortiñas Ignacio José Antonio S/quiebra”** en el cual el Dr. Barreiro en un voto en disidencia valoró, para evitar la liquidación de una vivienda única, que el fallido era un adulto mayor, discapacitado ...”<sup>3</sup>

### **Derecho Societario:**

El dictado de la Resolución General 34 / 2020 de la Inspección General de Justicia que estableció la paridad de género de los miembros de los órganos de administración y fiscalización integrados en forma mínima o el cupo mínimo de un tercio de miembros femeninos. La polémica se instaló fervorosamente en los debates académicos sobre la tensión que se produce entre los defensores de la inclusión progresista y los defensores de la libertad de asociación, -ambos con sus razones y fundamentaciones-, sin que ninguna de las posiciones logre **empatizar** con la opuesta.

Sin embargo, la discusión constitucional respecto de la validez de la norma ya cuenta con un precedente jurisprudencial, -pero-, del fuero administrativo: “Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, revocar el pronunciamiento apelado y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1º , 2º , 3º , 4º , 6º , 8º y 9º de la Res. IGJ 34/2020, y art. 1º de la Res. IGJ 35/2020, por los que se dispuso que la composición de los órganos de administración y fiscalización de deben respetar la diversidad de género pues ninguno de los ordenamientos legales citados en el ‘Vistos’ de la normativa en crisis confirió (explícita o implícitamente) autorización y/o habilitación alguna en favor de la IGJ para proceder del modo en que lo hizo; actuación que, por ende, configuró un supuesto de incompetencia en razón de la materia, que vulnera el principio republicano de división de los poderes (arg. art. 3º , Ley

19.549) (del voto de los Dres. Marcelo Daniel Duffy y Jorge Eduardo Morán – mayoría. (“**Fundación Apolo Bases para el Cambio c/ Estado Nacional – IGJ s/ amparo ley 16.986**”). Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala/Juzgado: IV. Fecha: 28-sep-2021). Las tensiones que se producen en tiempos de cambio social, se encuentran en plena elaboración.

Sin embargo, este viento humanista y de reconocimiento de la vulnerabilidad del sujeto, refrescó los rigurosos requisitos normativos de admisibilidad de la Intervención Judicial previstos en los arts. 113, 114 y concordantes de la LGS, en pos de tutelar a una mujer, socia de una sociedad de responsabilidad limitada, en condiciones de vulnerabilidad. En los autos caratulados: “**VICO, MARIA VIRGINA c/ RUTA UNO SRL s/MEDIDA PRECAUTORIA**”, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso: “...entiendo que la actora ha acreditado, con un grado de verosimilitud suficiente, que es víctima de una situación de violencia económica, patrimonial y psicológica en su carácter de socia de la demandada; y que su exclusión de la vida social conlleva un peligro tanto para el funcionamiento de la sociedad como para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, de conformidad con los artículos 113 y 114 de la Ley General de Sociedades y del artículo 224 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, interpretados en consonancia con las normas constitucionales e internacionales que aseguran a la mujer una vida libre de discriminación y de violencia, corresponde designar un interventor informante a fin de evitar que se perpetúe una situación de violencia basada en el género.” Quedando de manifiesto que **la perspectiva de género y de Derechos Humanos tuvo una influencia decisiva para la resolución del caso** posibilitando un acceso a la Justicia, que de lo contrario, se le hubiese denegado a la mujer vulnerable. Destacando finalmente que la normativa señalada al comienzo de la presente ponencia, se encuentra invocada y fundamenta el fallo comentado.

### **Derecho Empresarial:**

Las actuales tendencias de las compañías en incorporar programas de Compliance, RSE y el surgimiento de las Compañías B –con certificación de estándares de desempeño social, ambiental, transparencia y responsabilidad-, evidencian una

---

4. “La irresponsabilidad social empresaria c/ AkagiNyugyo Company Limited s/ Cambio de paradigma”, Germán Alberto Pizzano, Libro de Ponencias XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO. XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA.

tendencia de compromiso social y ecológico de empresas que forjan el surgimiento de un nuevo capitalismo con compromiso de sustentabilidad. <sup>4</sup>

**Conclusión:**

Nos encontramos ante un proceso de Constitucionalización del Derecho Comercial, que abordado desde una perspectiva de Derechos Humanos, de impronta humana y social, tuitivo de las personas en condiciones de vulnerabilidad, posibilita el afianzamiento de la Justicia en cumplimiento del mandato Constitucional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.



**Colegio de Abogados de San Isidro**  
Área Académica

# **LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

Tema:

**“TÍTULOS VALORES CARTULARES  
Y NO CARTULARES. CONTRATOS  
DE EMPRESAS Y BANCARIOS -  
CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA,  
SUS EFECTOS Y PROBLEMÁTICA”**

## **CUENTA CORRIENTE BANCARIA. EJECUCIÓN DE SALDO DEUDOR Y NORMATIVA APLICABLE ANTE SITUACIONES PREVIAS A LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.994.**

**Dra. Paola Lorena Bartolomé Alemán**

Colegio de Abogados de Moreno - Gral. Rodríguez

---

### **PONENCIA**

**1. Al cobro ejecutivo de un saldo deudor de la cuenta corriente bancaria – emitido con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.994 – resultarían aplicables las normas de protección de usuarios y consumidores, bajo ciertas premisas.**

**2. Por ello, la certificación del saldo con las firmas de contador y gerente sin su debida acreditación no resultaría continente de todos los recaudos que exige el mencionado art. 793, hoy art. 1.406 del Código Civil y Comercial.**

**3. A la misma conclusión se arriba, incluso aplicando las nuevas normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto conforme el último párrafo del art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación surge que “ ... 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”**

---

### **I. Introducción. Los hechos.**

El presente postulado surge del análisis de un certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria confeccionado con anterioridad a la derogación del Código de Comercio y con el cual se ha promovido un proceso judicial ejecutivo también con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es de destacar que se ha advertido que la entidad bancaria omitió dar el aviso previo – con diez (10) días de anticipación - que contemplaba el art. 792 del Código

de Comercio derogado, y tampoco acompañó el contrato de cuenta corriente bancaria que denote convención en contrario.

Por otro lado, la entidad bancaria se limitó a emitir el mencionado certificado con dos (2) firmas allí insertas y debajo de las mismas la aclaración en letra manuscrita donde se alega la calidad de gerente y contador de las personas que allí se mencionan, sin acreditar poder alguno que permita constatar que tenían facultades suficientes para otorgar ese acto.

Finalmente se destaca que los cotitulares -cónyuges en este caso puntual - de la cuenta corriente bancaria no resultaban ser comerciantes y/o empresarios y tampoco poseían cheques con motivo de dicha cuenta, sino que se trataban de personas humanas que la utilizaban para uso privado y familiar, todo ello en los términos del actual art. 1.093 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A raíz de tales cuestiones fácticas, a nuestro criterio resultaría a las claras la inhabilidad del título en cuestión, por no cumplir con los recaudos señalados en el art. 793 del Código de Comercio derogado y por no acreditar el aviso previo conforme art. 792 del ya derogado cuerpo normativo - ni el actual art. 1.404 del Código Civil y Comercial de la Nación - ni la existencia de un poder suficiente de los firmantes del certificado, en los términos del art. 1.406 del Código Civil y Comercial de la Nación, en atención a la necesidad de debida acreditación de las facultades de los firmantes, lo cual aparece como esencial a la naturaleza del título ejecutivo.

Ello, por cuanto resultarían de aplicación las normas de protección de usuarios y consumidores, de acuerdo al art. 1.384 del Código Civil y Comercial de la Nación, con basamento en lo dispuesto en el art. 7º del mismo cuerpo normativo.

Por último, cabe mencionar que a la fecha aún no se ha dictado sentencia en las actuaciones que motivan la presente ponencia.

## **II. Fundamento y adecuada aplicación de las normas.**

Ante los hechos mencionados en el apartado anterior, y teniendo en consideración que la realidad nos ha mostrado ciertas prácticas abusivas cometidas a lo largo de los años por parte de entidades bancarias tendientes a formalizar operaciones celebradas con consumidores -con independencia de la instrumentación que usualmente le corresponda al negocio subyacente- en títulos circulatorios<sup>1</sup>, resulta importante determinar en estos casos en particular la adecuada aplicación de las nor-

mas y los recaudos que deben exigirse para garantizar la eficacia ejecutiva del saldo deudor.

Así, las circunstancias personales de las partes imponen *presumir* que se trata de una operación de crédito para consumo, por lo que resultaría de aplicación el espíritu y el régimen de la Ley de Defensa al Consumidor.

Debido a que los intereses del consumidor, parte débil de la relación, se encuentran amparados por el principio protectorio de raigambre constitucional, se les otorga una excepción y, en el caso de ellos las leyes supletorias, en caso de serles más favorables, se las aplica de inmediato, e incluso se las puede imponer con efecto retroactivo si no viola principios constitucionales.

Aduna lo expuesto, lo señalado en el último párrafo del art. 1.094 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto establece que “... En caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”

Siendo ello así, y teniendo en consideración lo establecido por los arts. 7° y 1.384 del Código Civil y Comercial de la Nación, resultarían de aplicación al caso concreto bajo estudio, la exigencia de los recaudos establecidos por el art. 1.406 del Código Civil y Comercial de la Nación, en atención a la necesidad de debida acreditación de las facultades de los firmantes, lo cual aparece como esencial a la naturaleza del título ejecutivo, además del cumplimiento de lo dispuesto por el art. 36 de la Ley de Defensa al Consumidor.

El cumplimiento de los recaudos señalados por los arts. 1.404 y 1.406 del Código Civil y Comercial de la Nación, a nuestro criterio implican ser más favorables al consumidor por los siguientes motivos:

- 1) El principio de abstracción cambiaria cede frente a la necesidad de indagar si al título cambiario le subyace una relación de consumo, para evitar así que mediante la utilización de ese instrumento se sorteen las garantías mínimas que emanan de la Constitución Nacional y la ley 24.240 <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 19501/2016 - BANCO SANTANDER RIO S.A. c/ SILVERA GARCIA, LAURA BEATRIZ s/EJECUTIVO, 14-v.2018.

<sup>2</sup> Cámara Nacional de Apelaciones lo Comercial, Sala F, in re “Banco Hipotecario SA c/ Tangir, Andrés David s/ Ejecutivo” del 12.02.15 y sus citas.

- 2) El aviso previo con una antelación de diez (10) días al cuentacorrentista antes de producirse el cierre de la cuenta, permite al consumidor analizar la correspondencia de los motivos y/o cualquier error que pudiera haber cometido la entidad bancaria (ej. retraso en la acreditación de depósitos efectuados por el cuentacorrentista y/o error en imputación de fondos) <sup>3</sup>.
- 3) Se evitan de ese modo las posibles implicancias y/o daños económicos que el cierre indebido de la cuenta corriente bancaria puede generar, máxime si el mismo fue intempestivo e injustificado.
- 4) La necesidad de acreditar la existencia de un “Poder suficiente” de los firmantes del certificado mediante su acompañamiento a la demanda, a fin de no perjudicar el título se fundamenta en atención a la necesidad de debida acreditación de las facultades de los firmantes, lo cual resulta esencial a la naturaleza del título ejecutivo, evitando cualquier tipo de abuso.
- 5) La garantía de una adecuada información receptada en el art. 1.406 del Código Civil y Comercial de la Nación resulta de raigambre constitucional, en tanto el art. 42 de la Constitución Nacional señala que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, entre otros, a *“una información adecuada y veraz”*

### III. Consideraciones finales.

Consideramos que a raíz de la experiencia recogida durante años de ciertas prácticas por parte de las entidades bancarias, y bajo ciertas premisas, corresponde atenerse a una cuidadosa y estricta interpretación de la normativa aplicable en los casos como el que se exhibe en este trabajo, para evitar que el principio de abstracción en materia cambiaria lesione garantías de raigambre constitucional protectorias del consumidor.

Ello, por cuanto resultarían de aplicación las normas de protección de usuarios y consumidores, de acuerdo al art. 1.384 del Código Civil y Comercial de la Nación, con basamento en lo dispuesto en el art. 7º del mismo cuerpo normativo.

---

<sup>3</sup> BARTOLOME ALEMAN, PAOLA L. “Responsabilidad bancaria. Daño punitivo”. Libro de ponencias LXXIV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Morón, noviembre 2021.

## EMPLEO DEL SISTEMA DE CADENA DE BLOQUES EN COMERCIO INTERNACIONAL

**Dr. Marcelo U. Spanghero**

Colegio de Abogados de Morón

**Palabras claves:** Comercio Internacional– Comercio Exterior – Transporte Marítimo - Letra de Cambio - Carta de Crédito - Conocimiento de embarque – Bill of Lading – Bruselas 1924 y 1968 - Exportación – Importación– Cadena de Bloques – Blockchain – Registros Electrónicos – Entidades Financieras - Plataformas de Comercio.

---

### PONENCIA

La actividad de exportación e importación se desarrolló a la par de los avances tecnológicos en comunicaciones. En la actualidad, se ha realizado exitosamente la compleja mecánica de comercio exterior -sin la necesidad de la utilización de papeles ni entidades financieras tradicionales- mediante la utilización del sistema digital conocido como cadena de bloques o blockchain, inaugurando una nueva era en el comercio exterior en la faceta más exitosa y confiable del comercio electrónico permitiendo confianza en la existencia de la mercadería en camino y su pago al exportador, del modo más eficiente veloz.

---

### Desarrollo:

El comercio internacional tuvo su mayor traba en la falta de conocimiento directo entre exportador e importador, ambos desconfiando de la realización de una transacción exitosa, por el temor de la falta de envío de la mercadería por parte del importador y el correspondiente temor del exportador, a la falta de pago por parte del importador sin posibilidad de recuperarla. El factor distancia, es el que más pesa en estas operaciones.

En este sentido, la distancia y los medios de transporte y comunicación poco confiables atentaron durante mucho tiempo contra el necesario desarrollo del comercio internacional.

Cubriendo los posibles huecos, el comercio internacional siempre pujante, fue desarrollando diversos sistemas para permitir dar certeza a las transacciones, logrando el desarrollo internacional de la producción, de la mano de las mejoras de los medios de transportes (marítimos para el ejemplo de esta ponencia) los seguros, las entidades bancarias y las comunicaciones.

Los distintos convenios internacionales fueron mejorando los sistemas para estandarizar la documentación de transporte seguro mediante la utilización de letras de cambio internacionales, el conocimiento de embarque<sup>1</sup>, la actuación de las instituciones bancarias mediante el crédito documentario, fueron permitiendo el desarrollo del comercio internacional, logrando la expansión de los mercados a nivel global.

### **Evolución de la mecánica del transporte internacional de mercadería:**

En una operación de compraventa internacional de mercaderías intervienen, necesariamente, un vendedor exportador y un comprador importador; distintos países, sus respectivas aduanas y su documentación, la empresa de transporte y su documentación, la empresa de seguros y su documentación; los distintos títulos de crédito y las entidades financieras y su crédito documentario.

La reglamentación internacional existente y los usos estandarizados de los créditos documentarios, son establecidos por la Cámara de Comercio Internacional<sup>2</sup> la cual establece los servicios de Tribunal Internacional de Arbitraje, el Centro para la Investigación y Desarrollo en Materia de Transporte, el Instituto de Derecho y Práctica Comercial Internacional entre otros, pero al no constituirse como una ley en sentido estricto, sus normas son transcriptas en los créditos documentarios a fin de obligar a las partes (salvo pacto en contrario).

Repasemos la mecánica del comercio internacional y el uso del crédito documentario.

---

<sup>1</sup> CONVENCIONES INTERNACIONALES DE BRUSELAS.- Sobre Derecho Marítimo.- Adhesión. LEY N°15.787 Sancionada: 14 de diciembre de 1960

<sup>2</sup> Llamados Brochure

Paso 1. Luego del contacto existente entre importador-exportador, el importador toma contacto con el banco de su domicilio (emisor) y solicita la apertura de cuenta de importación y el otorgamiento de un crédito documentario por la suma correspondiente al valor de la operación de importación a realizar.

Paso 2. El banco (emisor) que otorga el crédito documentario en el país de destino al importador, comunica a un banco corresponsal en el país del exportador, a fin que avise al exportador que fue otorgado el crédito correspondiente.

Paso 3. El exportador, envía la mercadería al importador y luego entrega la totalidad de la documentación de aduana y conocimiento de embarque (Bill of Lading) al banco corresponsal quien a su vez la remite al banco emisor, en destino.

Paso 4. El banco emisor cuenta con la documentación que acredita la titularidad de la mercadería en viaje y transfiere el dinero del crédito otorgado al importador, al banco corresponsal en el domicilio del exportador. Recordemos que el dinero del crédito no se lo entrega al importador tomador del crédito.

Paso 5. El banco corresponsal con domicilio en el del exportador, transfiere el dinero (paga)al exportador.

Paso 6. El banco emisor, entrega la documentación al importador previo pago del crédito o acuerdo de pago que elijan.

Queda claro que aquí, lo que da certeza, es la documentación internacional, de aduana, seguros y transporte, entre los cuales el conocimiento de embarque -que otorga la propiedad de los bienes indicados en el mismo – y el otorgamiento de crédito, juegan el papel de confianza, necesaria para lograr el éxito de la operación de transporte.

### **La bienvenida irrupción del blockchain en el comercio intenacional:**

Repasemos: el blockchain es una estructura matemática para almacenar datos de una manera que es casi imposible de falsificar. Es un libro electrónico público que se puede compartir abiertamente entre usuarios dispares y que crea un registro inmutable de sus transacciones.

Su base encuentra similitudes con el sistema creado por los romanos y que continuaron por siglos los sistemas contables. La certeza estuvo siempre dada por la coincidencia entre los asientos de los distintos sujetos (vendedor-comprador). En tal caso no existía dudas de su veracidad.

En caso de discordancia quien mejor lleve sus registros contables, gozará de la confianza de sus asientos en desmedro de quien no lleve registraciones o las lleve de un modo desprolijo o dudoso.

En el caso del blockchain, como sabemos, la certeza de los asientos se encuentra no en el registro en sí, si no en el registro realizado en varios servidores al mismo tiempo y con coincidencia del ciento por ciento. Esto es lo que otorga certeza.

En el mes de marzo de 2023 se generó la primera operación de exportación mediante la utilización completa del sistema de blockchain, entre Singapur y Tailandia, sin papel y con un registro electrónico transferible con un sistema similar al conocimiento de embarque.

La transferencia de la propiedad de los productos del conocimiento de embarque, se logran mediante la transferencia de los registros de titularidad de la cuenta, con el mismo sistema de las transferencias de monedas digitales y/o activos financieros digitales.

Según la Autoridad de Desarrollo de Comunicaciones de Singapur<sup>3</sup>, la operación realizada ha utilizado un soporte marco, que permite armonizar el reconocimiento legal de la documentación digital entre diversas jurisdicciones, utilizando blockchain.

Este marco, denominado TradeTrust, aplica estándares reconocidos, para transacciones internacionales, utilizando tecnología blockchain, lo que permite la digitalización y la transferibilidad en esta tecnología.

Con los registros electrónicos transferibles la emisión del soporte que incorpora los derechos sobre la mercancía pueden emitirse o transferirse con seguridad, transparencia, de manera interoperable, sin pérdida ni retraso del soporte documental.

Los beneficios son diversos e importantes: eficiencia; certeza en la existencia de la operación, seguridad en la transacción, reducción de pasos de verificación, menores costos, innecesariedad de soporte físico de papel, entre tantos otros. automatización de procesos.

Honestamente creo que estamos ante un cambio sustancial en el comercio internacional, aplicando la tecnología blockchain.

---

<sup>3</sup> [https://lnkd.in/deBc\\_MZ3](https://lnkd.in/deBc_MZ3)

## **EL DÓLAR “OFICIAL” NO ES EL VALOR DE CÁLCULO PARA DESOBLIGARSE ABONANDO EN MONEDA DE CURSO LEGAL**

**Dr. Roberto A. Muguillo (\*)**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### **PONENCIA:**

**Los usos y costumbres de negociar sobre valores ajenos al dólar “oficial” y la existencia en el mercado de distintas cotizaciones libres y legítimas, impiden entender que ese valor “oficial” sea el índice de cálculo para desobligarse en moneda de curso legal.**

---

Haciendo historia debemos recordar que el Código Civil de Vélez Sarsfield indicaba en el art. 617 que ..”*Si el acto por el cual se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la Republica, la obligación debe considerarse de dar cosas ciertas*”.

Con el dictado de la Ley de Convertibilidad 23928 se estableció que las obligaciones de dar moneda extranjera se rigen por las de dar sumas de dinero.

El Art. 765 del Anteproyecto disponía, al igual que el régimen de convertibilidad, que el deudor debía entregar la MONEDA DESIGNADA sea de curso legal o no en la República, con lo que se lograba identidad e integralidad del pago en el caso de ser el mismo en idéntica moneda que la recibida.

La norma así proyectada, se modificó y en el caso de tratarse de una obligación de dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación se deberá considerar como de dar cantidad de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. El apuro de la reforma del anteproyecto olvido que la disposición del Art. 765 colisionaba con el Art. 766 C.C.C.N.

---

(\*) Abogado (UBA), Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular Consulto (UBA), integrante del Instituto de Derecho Concursal del C. A. San Isidro, investigador asociado en C.E.A.L. (EEUU)-

Sin embargo, la disposición del **Art. 765 C.C.C.N. guardó silencio y no precisó el momento al que debía establecerse la cotización, y también SILENCIÓ EL TIPO DE COTIZACIÓN de la moneda para el supuesto que hubiere varios.**

Entendemos respecto del primer silencio guardado, según las disposiciones de los Arts. 867 y 871 C.C.C.N. el cambio debe establecerse al momento del pago, pauta esta que también surge de la aplicación analógica del Art. 44 del DL 5965/63 (1).

Respecto del segundo silencio (tipo de cambio o cotización), ante la ausencia de norma específica alguna, entendemos que cabe la aplicación del Art. 1 del C.C.C.N. que en su frase final establece que,..."**Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ello o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.**"

Con estos antecedentes, ante el caso de una obligación en dólares surge el interrogante de definir ¿cuál es el equivalente en moneda de curso legal para desobligar al deudor?.

El escenario que la persona y el tribunal enfrentan es curioso por su variedad, diferencia de valores, ya que, aún curtida nuestra piel por las reiteradas crisis económicas y el proceso inflacionario recurrente en nuestro país, más allá de conocer y haber convivido con diversas monedas de curso legal (peso moneda nacional, peso, peso argentino, austral, peso convertible, etc), hoy estamos ante uno de los casos de mercado con **mayores alternativas de cotización de la moneda dólar**: la del dólar oficial, dólar C.C.L. (contado con liqui), dólar M.E.P. (mercado electrónico de pagos), dólar ahorro, dólar solidario, dólar blue, sin olvidar el dólar soja 1, dólar soja 2 y listos a recibir el dólar soja 3 y el posible dólar agro.

En la jurisprudencia de nuestro Departamento Judicial de San Isidro (y en todas las jurisdicciones del país), se ha tratado siempre de lograr una interpretación finalista con la debida atención a los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

Comprendiendo que el pago en moneda de curso legal de una deuda en dólares, tomando la cotización del dólar "oficial", no cumplía con los principios de identidad e integridad del pago (Arts. 867, 868 y 869 C.C.C.N.), se resolvió decidir en un

---

1.-Art. 44 DL 5965/63 (1er. Párrafo in fine) Si el deudor se hallase en mora, el portador puede...exigir que el importe sea pagado al cambio del día del vencimiento o del día de pago.

principio la cancelación de una obligación en dólares, por el valor del mismo con más un 30% del impuesto ley 27.541 <sup>(2)</sup>, pero dado que aún en esa línea interpretativa no se llegaba a mantener un adecuado equilibrio en el sinalagma, se volcó la jurisprudencia – con adecuado acierto – a considerar que la cotización más adecuada en estos casos era calcularlo al valor del dólar M.E.P.

A la fecha se puede considerar unificado el criterio de nuestro Tribunal de Apelación local que, en la búsqueda de valores equitativos para mantener la armonía del negocio celebrado hace ya mucho tiempo, se debe aplicar en **la desobligación del deudor de dólares, la cotización de este en función del llamado dólar M.E.P. que es – a la luz analógica del Art. 44 del DL 5965/63 <sup>(3)</sup> y Art. 1 C.C.C.N. – una cotización de uso y costumbre en los negocios <sup>(4)</sup>.**

En conclusión, consideramos que la disposición del Art. 765 C.C.C.N. más allá de su contradicción con el Art. 766, nada dice respecto de que cotización se determinará la “moneda de curso legal”, no correspondiendo interpretar que lo sea solo por la cotización “oficial”.

En la medida en que la cotización utilizada conlleve un enriquecimiento sin causa (Art. 1794 C.C.C.N.) en favor del deudor y **existan en el mercado local distintas cotizaciones de la moneda extranjera, deberá estarse al tipo más adecuado al que refleje el valor real de la moneda dólar y logre un adecuado equilibrio de las prestaciones comprometidas.**

A ello nos lleva además a ese principio del Art. 1 C.C.C.N. y del Art. 44 DL 5965/63 por el cual los usos y costumbres de negociar sobre valores ajenos al dólar “oficial”, cotizaciones que son válidas y legítimas, impiden entender que ese valor “oficial”, sea el índice de cálculo para desobligarse en moneda de curso legal.

Concluimos con las palabras expresadas por la Dra. Sánchez en su voto del citado caso “Chenquelof”, ..”*admitir el dólar oficial afectaría con prístina notoriedad el derecho constitucional de propiedad de la acreedora (Art. 17 C.N.A.), evidenciándose*

2.- CApel.Civ.Com. SAN ISIDRO, Sala I, 19/4/2021 causa “Castaño” No. 2562 y también 28/6/2021 causa “Gasperotti”, No. 38040

3.-Art. 44 DL 5965/63, 2o. párrafo ... *el valor de la moneda extranjera se determina por los usos del lugar de pago... No se puede negar que es de uso y costumbre la cotización del dólar CCL, MEP, etc. cotización que es pública y notoria.*

4.- CApel. Civ. Com. SAN ISIDRO, Sala I, 9/9/2022, causa “Chenquelof”, No. 11093, ídem Sala II, 6/12/2021, causa “Nebot”, No. 3249, ídem Sala III, 22/2/2022, causa “Lafita”, No. 30024. También en la misma línea del dólar M.E.P. CApel.Civ.Com. AZULL, 4/11/2021 causa No. 67551.

*un abuso de derecho como condena el Art. 10 C.C.C.N...” no lográndose una recomposición íntegra de lo que se adeuda.*

## **UN CONTRATO BANCARIO ELECTRÓNICO Y NUEVAMENTE EL PROBLEMA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA**

**Dra. Marcela Fabiana Civallero**

Colegio de Abogados Lomas de Zamora

---

### **PONENCIA:**

**Desde el año 2020, como consecuencia de la pandemia que nos mantuvo confinados, tomó gran impulso la contratación electrónica, que venía insinuándose tímidamente en las transacciones comerciales. En los contratos bancarios, a través del homebanking, comenzaron a celebrarse contratos con un simple click, que ante el incumplimiento de alguna de las partes fue necesario llevar a Tribunales, promover la acción pertinente y producir la prueba en tal sentido.**

**El desafío para los abogados consiste en combinar en el marco de un proceso que se basa en un contrato electrónico la multiplicidad de medios probatorios, como documental en papel y testimonial, con los documentos electrónicos. La incorporación de prueba electrónica al proceso tiene sus particularidades y de la manera en que se produzca puede sellar la suerte de un pedido de medida cautelar.**

---

El presente trabajo surge de un fallo dictado el 16/03/2023 en los autos caratulados “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cassano Johana s/ cobro sumario sumas de dinero” por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Fuente: scba.gov.ar).

En los autos mencionados el Banco promueve demanda por cobro de pesos contra la accionada, quien ha obtenido un préstamo de dinero por medios electrónicos, a través de la plataforma de la parte actora, aprovechando los beneficios que ésta otorga a los empleados públicos de la Provincia de Buenos Aires. Se trató de un contrato íntegramente electrónico en el cual el consentimiento fue prestado mediante el “clickwrapagreement”.

Dicho mutuo se celebró y comenzó a ejecutarse, pero en un momento la mutua deja de abonar las cuotas mensuales a las que se obligó, lo cual motivó la promoción de la demanda por parte del Banco.

En la demanda, la parte actora solicita una medida cautelar de inhibición general de bienes y a fin de acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, ofrece la declaración de testigos empleados dependientes de ésta, quienes pretenden declarar y acreditar así la existencia del contrato electrónico. En su demanda, la actora ofreció la información sumaria de dos testigos para que digan ‘si saben y les consta que la demandada solicitó el préstamo por vía electrónica’. Nótese que esta medida cautelar se solicitó inaudita parte, toda vez que aún no se había corrido traslado de la demanda a la accionada, quien obviamente no se había aún expedido reconociendo o desconociendo el contrato en cuestión.

El Juez de Primera Instancia rechaza la medida cautelar y considera innecesario citar a los testigos propuestos por la accionante para la información sumaria tendiente a acreditar los presupuestos para la concesión de la medida peticionada. La actora plantea revocatoria con apelación en subsidio y en la Alzada se confirma la interlocutoria del juez de grado.

Entre los argumentos en los que se sustenta la decisión judicial, pueden destacarse:

*“Ningún sentido tiene invocar un contrato electrónico de tipo clickwrap y, para acreditar sumariamente su celebración, pedirle a un testigo que se expida sobre copias en papel de modelos de contratos unilateralmente completados por el propio banco y en los que -previsiblemente- no hay ninguna rúbrica ológrafa que permita imputar el texto del instrumento con una manifestación de voluntad de quien es llamada a resistir la pretensión.”*

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

*“Tratándose de un contrato electrónico que involucra una firma también electrónica, la información sumaria tal como ha sido ofrecida y producida por la propia actora resulta por completo superflua pues carece de valor convictivo.”*

*“En el marco de la contratación electrónica, es menester asumir una conducta sumamente prudente y criteriosa a la hora de evaluar los requisitos cautelares,*

*considerando los riesgos propios de la modalidad ofrecida por el banco y la incertidumbre que se tiene -al inicio de un proceso aun no bilateralizado- sobre la autoría de la firma electrónica”.*

Es en este tema, el de utilizar prueba testimonial para acreditar un contrato electrónico, donde debemos ser especialmente cuidadosos, habida cuenta de que tal como la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata expone, el Banco ofreció a sus propios empleados como testigos para que digan si ‘la demandada solicitó el préstamo por vía electrónica’ (sic), lo que significa prácticamente requerirles que se expidan sobre si la demandada firmó electrónicamente el negocio clickwrap que le fue ofrecido mediante el sistema BIP.

Asimismo y aun cuando las declaraciones testimoniales se ofrecieron a los fines de acreditar los extremos necesarios para la medida cautelar solicitada, en las actas pendientes de ratificación que acompaña la actora, los testigos nada dicen sobre la firma electrónica del contrato sino solamente que la copia del mismo corresponde al solicitado por la demandada. No se expiden entonces sobre la firma electrónica del mismo en absoluto, careciendo por consiguiente de valor probatorio. Incluso, en las actas de declaración testimonial que adjunta la actora, se nota la confusión pues el testigo propuesto por el banco pretende considerarlo como copia de un contrato electrónico.

Destaca la sentencia que al dar razón de sus dichos los testigos habrían manifestado que ‘la documentación electrónica’ (que no se sabe cuál es) ‘coincide con los préstamos gestionados electrónicamente por la demandada’ pero no es posible saber qué tipo de fundamento tiene esa aseveración, qué aptitudes o capacidad tienen los deponentes para interpretar, evaluar y analizar los registros del servidor del banco como para verificar la firma electrónica que le imputan a la accionada, a qué préstamos (en plural) se refieren los testigos y qué mecanismos técnicos permitieron verificar las circunstancias narrada.

Finalmente, la Cámara sostiene que les interesa destacar que si una modalidad de contratación trae consigo riesgos tecnológicos vinculados a la autoría de la firma electrónica, ello debe necesariamente verse reflejado en el estándar de prueba con el cual evaluar -con razonable rigurosidad- los presupuestos de otorgamiento de las medidas cautelares que afecten los derechos de aquellos a quienes se les imputa una firma de esa naturaleza. Tanto más, como dijimos, en una instancia procesal en la que siquiera se ha notificado adecuadamente a la demandada del proceso que se ha iniciado en su contra.

## CONCLUSIÓN:

Corren vientos de cambio desde hace algunos años en el ejercicio de la profesión que nos plantean nuevos desafíos. Algo tan sencillo como incorporar prueba a un juicio se ve rápidamente expuesto a los cambios tecnológicos. Los viejos y tradicionales medios de prueba deberán coexistir y compatibilizarse con los nuevos medios de prueba electrónicos. Es que si la contratación en papel o en presencia convive con la contratación electrónica y ésta se ha tornado masiva, es lógico que lleguen a los Tribunales conflictos nacidos en el marco de un contrato electrónico.

Debemos armarnos de ingenio para usar adecuadamente el abanico de medios probatorios, combinarlos, hacer que todos ellos armen el rompecabezas para constituirse en elementos de convicción a los jueces. No obstante, no podemos pensar que cualquier declaración testimonial sirva para acreditar una relación contractual y mucho menos que un testigo pueda afirmar la existencia de un contrato electrónico o expedirse sobre la autenticidad del mismo. Lógicamente, la prueba informática será relevante, coadyuvada por los demás medios que cuidadosamente cada letrado evaluará producir.

El fallo analizado nos llama la atención sobre la dificultad probatoria que pueden presentar la gran variedad de negocios jurídicos que día a día se celebran por medios electrónicos. El juego recién comienza.

## **EL CONTRATO DE FRANCHISING: REFLEXIONES SOBRE EL DESEQUILIBRIO ENTRE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

**Dra. Marcela Fabiana Civallero**

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados Lomas de Zamora

---

### **PONENCIA**

**El contrato de franquicias comerciales o “franchising” se presenta como una buena opción de negocio para quien desea iniciar una actividad con una marca ya probada y posicionada en el mercado, pues el Franquiciante proporciona todo el soporte técnico y el “knowhow” mientras que el Franquiciado se beneficia con ello, a través del pago de un canon de ingreso y de uno mensual. A simple vista, parece ideal, pero en una mirada más profunda aparecen claramente los desequilibrios en las prestaciones a cargo de cada una de las partes, siendo evidente la subordinación del Franquiciado respecto del Franquiciante. ¿Podemos hablar entonces de una “parte débil” en la relación contractual? ¿Qué alternativas podrían desplegarse para evitar abusos de quien detenta la posición dominante?**

---

El contrato de “Franchising” o contrato de franquicia hizo su aparición en nuestro país en la década del '80 de la mano de una cadena de comidas rápidas. Si bien en un principio se centró en el ramo gastronómico, lentamente pero en forma sostenida, fue extendiéndose a otras actividades hasta abarcar casi todos rubros, tales como cafeterías, heladerías, zapaterías, pinturerías, entre otros.

En los años 90, se lo clasificaba como un contrato atípico e innominado, aplicándose las normas generales en materia de contratos. Desde el año 2015 se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), entre los arts. 1512 y 1524.

Lo más relevante de este tipo de contrato es el “sistema de negocios” definido en el art. 1513 CCC, como el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible.

En este trabajo deseo hacer hincapié en dos aspectos centrales: la provisión de bienes o servicios a cargo del Franquiciante (art. 1514 inc. e) en cantidades adecuadas y a precios razonables según usos y costumbres comerciales y las cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales el Franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con consentimiento del Franquiciado (art. 1517), dejando abierta la posibilidad de que las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

Las partes no están en un pie de igualdad al momento de negociar las cláusulas de este tipo contractual en especial en cuanto a la provisión del stock y a la exclusividad dentro de una determinada zona geográfica. El Franquiciado solamente adhiere al contrato modelo que propone el Franquiciante, siendo prácticamente nula su capacidad de negociación de cada una de las cláusulas que regirán la vida del contrato.

Dicho en términos jurídicos: ¿es un contrato paritario o es un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, en el cual solamente la decisión se resume a un “tómalo o déjalo”?

Se hace evidente el desequilibrio entre las partes puesto que en los dos aspectos en los que enfoco esta ponencia, el Franquiciado ve restringido su derecho a discutir mejores condiciones. Al hablar de la provisión de las mercaderías tales como materia prima o bienes para la venta, tenemos que considerar la posibilidad de que el Franquiciado sea presionado a sobrestockearse, es decir comprarle al Franquiciante los bienes que provee por encima de la capacidad de venta en ese local determinado. O bien, ante una caída de las ventas, que el franquiciado no pueda disminuir la cantidad de mercadería que le provee el Franquiciante. La ecuación es clara: el Franquiciado compra más stock del que puede vender y se le genera una deuda con el Franquiciante por ese concepto. El camino hacia el fracaso está asegurado.

En el otro aspecto, en relación a las cláusulas de exclusividad previstas en el art. 1517, debemos tener en cuenta la última oración que reza: “Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad”. Es esta posibilidad de dejar de lado la exclusividad la que podría evidenciar el desequilibrio entre Franquiciado y Franquiciante. Es sabido que el Franquiciado no podrá negociar la exclusividad tendiente a evitar que el Franquiciante otorgue otras franquicias en su zona de influencia en franca competencia con su negocio y se encontrará en una posición de debilidad.

Así, un negocio atractivo en un primer momento, tal como iniciarse con una marca ya instalada en el mercado y en los gustos del público consumidor que reconoce la insignia o emblema, puede presentar con el tiempo sus lados oscuros en los

cuales habrá un único perjudicado, que será el Franquiciado, quien probablemente verá que la otra parte rescinde el contrato intempestivamente imputándole algún incumplimiento, en el cual no ha tenido responsabilidad alguna. Es, de alguna manera, ceder ciertas decisiones en cuanto a la marcha del negocio propio por parte del Franquiciado al Franquiciante, perder el timón de cantidad de stock y otras decisiones comerciales.

Así, desde hace años se han presentado ante nuestros Tribunales reclamos basados en gran parte en las cláusulas a las que adhiere el Franquiciado al inicio de la relación comercial, que se tornan abusivas y dan lugar a desequilibrios, provocando perjuicios a esa parte débil entre estos dos empresarios: el Franquiciado.

Un caso jurisprudencial que ilustra esta situación es “Rivas Rosa Graciela c/ Grimoldi S.A. s/ordinario “Exp. 79985/1997, (CN Com. Sala C,10/10/2003). Los hechos en análisis ocurren con motivo de un contrato de Franchising celebrado en el año 1993, en virtud del cual la parte actora adquiere la calidad de Franquiciada de un local de la marca de calzado “Grimoldi” en la localidad de San Martín.

Durante los primeros quince meses de vigencia, la relación contractual marchó bien y de acuerdo a lo establecido, hasta que se suscitaron dos conflictos. El primero fue que Grimoldi inauguró un local de “outlet” a veinte cuadras del Franquiciado, en el cual se vendían productos idénticos a los de su negocio, a precios mucho más bajos, lo cual violaría la exclusividad geográfica; y el segundo se presenta por una provisión desmedida de stock por parte de la Franquiciante, lo cual motivó el endeudamiento de la parte actora.

Si bien Grimoldi intenta defenderse manifestando que no era técnicamente un contrato de franquicia comercial y que no existía la cláusula de exclusividad geográfica, las pruebas producidas en el expediente demostraron lo contrario. Así, se dan ciertas notas típicas del contrato de Franquicias comerciales como la elección del local de la Franquiciada por parte del Franquiciante, la provisión exclusiva de mercaderías de la marca provistas por el Franquiciante, la presentación de un plan negocial con una proyección de ventas a futuro que convenció a la actora de realizar el negocio, entre otros.

No cabe duda que las partes celebraron un contrato de adhesión, en virtud del cual se le autorizó a utilizar un “plan negocial” -que incluía cualidades técnicas y estéticas y la arquitectura del lugar, publicidad, entrenamiento del personal en la localidad de San Martín, obteniendo la exclusividad en el suministro de mercaderías.

El local de “outlet” instalado a unas cuadras en realidad vendía mercadería casi idéntica a la de la Franquiada y con precios más bajos. Se produjo una disminución en las ventas, pero pese a ello, la demandada le proveía la misma cantidad de stock, el cual no era vendido y traía aparejado que la parte actora se endeudara mes a mes. Finalmente, Grimoldi rescindió el contrato intempestivamente, ocasionándole a la demandada múltiples perjuicios por los cuales acciona.

La sentencia de la Sala C de la CN Com. hace lugar al reclamo a mérito de las consideraciones que a continuación sintetizo.

*“En virtud de la buena fe que debe primar en toda relación jurídica (Art. 1198, Código Civil) no resulta razonable pensar que la instalación de un negocio con las mismas características que el franquiciado a poca distancia, no habría de generar perjuicio.”*

*“La defensa de la demandada basada en la preexistencia de un local de saldos cerca al de Rivas antes de la firma del contrato, no constituye óbice para que la actora se sienta perjudicada por la instalación de otro más cercano y con características similares a las del suyo (situación que desconocía al momento de la firma).*

*“El envío desmedido de mercadería por parte de Grimoldi fue un factor importante en la debacle del negocio franquiciado. Por lo tanto la franquiciante no ha obrado de acuerdo a lo esperado en este tipo de contratos, dado que su accionar, desatendió los parámetros de previsibilidad que eran de esperar a la luz de lo pactado.”*

*“Más allá de la posibilidad de la renuncia unilateral a la exclusividad por parte del franquiciado- su operatividad no puede generarle un perjuicio cierto porque ello no sería una consecuencia previsible del devenir normal de la etapa del cumplimiento contractual. En efecto, frente a los actos concretados por una de las partes que produjeron en alguna medida cambios de las condiciones existentes al momento de haberse formalizado lo pactado, aunque ellos aparecieran autorizados contractualmente, cabe considerar que esa conducta -si produce perjuicio a la contraparte- contradice lo que ellas presupusieron respecto a lo plasmado en el texto escrito. ... de la lectura de esta cláusula no se puede inferir automáticamente que Grimoldi tenía un ilimitado derecho a instalar un local tan cercano al de Rivas en el que se comerciara productos de su marca.”(elDial.com - Editorial Albrematica)*

La sentencia toma en consideración que aún en el caso en que no se pactara una cláusula de exclusividad, o bien en la actualidad, si por aplicación del art. 1517 del CCC las partes limitaran o excluyeran las exclusividad dentro de un límite geográ-

fico, los jueces podrán analizar la razonabilidad de la instalación de nuevos Franquiciados próximos a quien ya venía explotando esa Franquicia. En efecto, el derecho del Franquiciante no es ilimitado y deberá estarse a la buena fe que debe primar las relaciones contractuales.

Como siempre será la Justicia quien ante las inequidades deberá efectuar las correcciones necesarias para proteger a la parte débil del negocio. Lógicamente, no se trata de proteger a improvisados ni de favorecer a incumplidores. Todo lo contrario, se trata de atender situaciones en las cuales el franquiciado cumple las obligaciones a su cargo, asumidas en el contrato, pero en el devenir del mismo, comienza a registrar incumplimientos que son generados por la propia conducta del Franquiciante, que resulta sobreviniente.

## **CONCLUSIÓN:**

Estamos ante dos empresarios en el marco de un contrato de Franquicia en el cual una adhiere a todas y cada una de las cláusulas predispuestas por el Franquiciante. La gran falencia del sistema es justamente la posición dominante del Franquiciante en relación con el Franquiciado, la cual le permite manejar las cláusulas a su antojo, causando perjuicios a estos últimos, a quienes solo les queda hacer juicio, reclamando los daños y perjuicios pertinentes. Así, el daño está causado y la relación contractual obviamente se ha roto.

El desafío es desarrollar penalidades más severas al estilo del daño punitivo con el fin de desalentar el uso por parte de los Franquiciantes de conductas abusivas en perjuicio de la parte débil en la relación, con el objetivo de que este negocio sea realmente beneficioso para todos los contratantes.

## **SMART CONTRACTS ¿SUS PRESUNTAS VENTAJAS NO SERÁN SUS PRINCIPALES DESVENTAJAS?**

**Dra. Marcela Fabiana Civalero**

Colegio de Abogados Lomas de Zamora

---

### **PONENCIA**

**En estos tiempos de ecosistema digital e irrupción de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana, aparecen los “smartcontracts” o contratos inteligentes, presentándose entre sus grandes ventajas el hecho de ser autoejecutables. Sin embargo, a poco de analizarlos seriamente, se encienden distintas luces de alarma ante esa automatización de la ejecución del contrato que implica no reconocer situaciones imprevistas y sobrevinientes que hagan necesaria una reformulación de sus cláusulas.**

---

Hace un par de años, en uno de los Encuentros abordé este tema en una primera aproximación. Pasado este tiempo, puedo observar que esta modalidad contractual no se instaló en la realidad cotidiana de la gente, como sí ocurrió con los contratos electrónicos y con el uso del homebanking.

Ante todo, debo señalar que el término “contrato inteligente” o “smartcontract” fue utilizado en la década del 90 por Nick Szabo, científico estadounidense, jurista y criptógrafo, quien sostuvo que “un contrato inteligente es un protocolo de transacciones informáticas que ejecuta los términos de un contrato. “Sin embargo, fue años después con la aparición de la tecnología blockchain, cuando se pudo llevar a la práctica esta modalidad contractual, la cual le otorga seguridad en cuanto a la inmutabilidad de sus cláusulas.

Los contratos inteligentes no usan de inteligencia artificial. Un contrato inteligente es un programa informático, que contiene un conjunto de promesas, especificadas de forma digital, e incluyen protocolos dentro de los cuales las partes llevan a cabo estas promesas”, tal como nos ilustra el artículo “Derecho y tecnología: Los

“contratos inteligentes” y su legalidad en el Derecho Argentino” de Dabah, Alejandro D. (Publicado en: SJA 11/03/2020, 11/03/2020, 19 -Cita Online: AR/DOC/404/2020).

Los Smart Contracts (SC) no son un nuevo tipo contractual sino una modalidad, toda vez que pese a estar expresados en lenguaje de programación, los mismos contienen un acuerdo de voluntades tendientes a crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957 Cód. Civil y Comercial de la Nación).

Favier Dubois en “Los Smart Contracts”: eficiencia tecnológica versus derecho de los contratos en el mundo posmoderno” (Erreiuson line, agosto de 2021, cita digital: IUSDC3288485A9) los define como “pequeños programas informáticos que se almacenan y desarrollan en una plataforma basada en la tecnología blockchain y ejecutan automáticamente todo o parte de un acuerdo preestablecido una vez que se cumplen las condiciones pactadas por las partes en dicho contrato”.

Para funcionar se basan en la tecnología blockchain o cadena de bloques, asegurando su inmutabilidad, toda vez que una vez redactado el mismo se replica en cada uno de los nodos que componen esa cadena, quedando la información visible para todos. La plataforma utilizada actualmente para esta modalidad es Ethereum y en general el medio de pago es la criptomoneda Ether.

Los SC presentan dos características que los definen como tales: son autoejecutables, inmutables y una vez que comienza esa ejecución la misma no puede detenerse.

Son autoejecutables porque cumplida una condición, automáticamente se dispara el cumplimiento de la prestación. Están redactados en lenguaje de programación informática en términos muy simples: “si ocurre A...entonces hacer B”, tal como en inglés se conoce “if...then”.

Así, verificado el cumplimiento de la condición establecida por las partes, automáticamente comienza a ejecutarse el contrato sin que éstas puedan evitarlo, escapando de su voluntad dejando de lado cualquier contingencia propia de la vida cotidiana como la ocurrencia de un hecho fortuito o una causa de fuerza mayor.

Asimismo, el contrato contará con todos los elementos y datos necesarios para poder verificar el cumplimiento de la condición que dispere su ejecución. Pero además el propio contrato puede recurrir a fuentes externas para recabar una información que permita corroborar si se cumplió la condición. Esas fuentes externas son los oráculos (oracles) y suministran datos sobre la cotización de una divisa, estado del tiempo, valor de un determinado bien en el mercado, entre otros.

Esta modalidad contractual no está prevista expresamente en nuestra normativa, pero a través de distintas normas, puede encuadrarse un SC. De ese modo, y desde la premisa de la libertad de formas, consagrada en el art. 284 del Código Civil y Comercial y la forma electrónica, prevista en el art. 286.

En efecto, la forma electrónica permite que la expresión escrita pueda constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos. Un SC es entonces un contrato electrónico con la particularidad de ser autoejecutable e inmutable. Para que sea un instrumento privado, deberá contar con firma digital por imperio de los arts. 287 y 288 del mismo cuerpo legal.

Para comprender mejor cómo funcionan los SC les traigo nuevamente un ejemplo citado en mi vieja ponencia, pero que es muy ilustrativo. Olvidando por un momento que se debería transferir en el registro correspondiente, podemos pensar en que Juan le vende a Pedro su auto y esa compraventa deciden instrumentarla mediante un SC. Así pactan la fecha y hora en que Juan entregará a Pedro el rodado, el lugar en que se hará la entrega y el precio de la operación que se descontará de la billetera virtual de Pedro. Asimismo, pactan una multa por retardo en la entrega del vehículo. El auto tendrá activado un sistema de geolocalización que permitirá al SC verificar si el día y hora acordado para la entrega, el bien está en el domicilio de Pedro. Ahora bien, cumplidas las condiciones y verificadas por el SC, Pedro tendrá su rodado y Juan el importe pactado como precio del mismo. Parece perfecto pero no contempla el acaecimiento de un caso fortuito que impida a Juan llegar en la hora pactada al lugar de la entrega del rodado (ej. en Argentina corte de los accesos a CABA) el SC ante el atraso en la hora, disparará el cumplimiento de la multa y descontará a Juan del precio, el importe pactado por el retardo. No queda duda que un pequeño atraso que las personas humanas pueden resolver con un simple llamado telefónico avisando que está demorado por ese imponderable, escapa a la rígida “inteligencia del contrato”. Ello es consecuencia de su autoejecución y de su inmutabilidad, precisamente las dos bondades que los defensores de esta modalidad nos presentan como un ideal.

Por lo tanto, podríamos decir que esta modalidad contractual podría adaptarse a convenciones muy simples, pero en la mayoría de los casos no es tan sencillo que un contrato se ejecute automáticamente, dejando de lado situaciones sobrevinientes que válidamente pueden haber impedido que una de las partes no cumpla la obligación a su cargo, pero que cuente con una causal justificante.

En efecto, la rigidez de los SC que permite su autoejecución en forma automá-

tica, trae aparejado que una vez que se inicia, las partes pierden el control sobre la ejecución de ese contrato y no pueden dejar de cumplir ni detener la misma. Así, nos encontramos ante la imposibilidad de invocar circunstancias sobrevinientes como la frustración de la finalidad del contrato (art. 1090 del Código Civil y Comercial de la Nación) y la imprevisión que permite resolver o adecuar el contrato a la nueva situación (art. 1091 Código Civil y Comercial de la Nación).

Analizados ya los inconvenientes de la inmutabilidad de los SC y la imposibilidad de detener su ejecución, deben tenerse en cuenta otras circunstancias que los rodean. En efecto, al ser acuerdos celebrados a distancia, al igual que en algunos contratos electrónicos, se presenta la dificultad para constatar la capacidad de los contratantes, dado que detrás de ese anonimato pueden encontrarse un menor de edad celebrando este SC.

En el mismo sentido, y teniendo en cuenta la Ley de Concursos y Quiebras, la ejecución automática de un SC impediría que sea efectiva la prohibición de pagos del deudor insolvente a terceros y los pagos que los terceros hagan al deudor insolvente, los cuales podrían quedar fuera del proceso concursal o falencial, en perjuicio de los acreedores.

Algunos usos que se le dan en nuestro país aparecen en el ámbito en seguros por sequías en los cuales se programa el contrato inteligente para el caso en que llueva menos de una determinada cantidad de milímetros en un determinado lapso de tiempo, se ejecuta un pago automáticamente en la billetera del asegurado. La información externa al contrato, será proporcionada por un oráculo, como puede ser el Servicio Meteorológico Nacional.

Las posturas son disímiles y no todo es a favor o en contra. Los SC no son un modelo de la perfección en materia contractual que evitarían todo tipo de litigios, ni tampoco son algo imposible de aplicar. Estamos ante una forma novedosa que parecen atraer por su rapidez y por evitar a simple vista, litigios en sede judicial. Frente a ello, nos encontramos quienes sostenemos que debe mejorarse mucho esta modalidad, ya que son varias las situaciones que ameritan que pueda detenerse la autoejecución del contrato.

## **CONCLUSIÓN:**

Queda claro que si bien estamos ante una modalidad novedosa y ágil que permite dinamizar una serie de procesos en el quehacer de la economía, los mismos

están muy lejos de ser utilizados por el público masivo y por ciudadanos comunes. En mi opinión, estamos ante una figura que está lejos de ser utilizada masivamente como un contrato electrónico. En un SC nos dificulta desde la redacción hasta la puesta en marcha pues es un programa informático. No lo veo aplicable en simples relaciones entre personas humanas pero sí en el marco de organizaciones que ofrezcan productos al público, donde una vez más, estaremos ante contratos de adhesión. Existen múltiples circunstancias que atentan contra su implementación, siendo la más relevante, el hecho de no poder detener su ejecución una vez que ha comenzado, desconociendo la vida misma, que nos obliga a barajar y dar de vuelta en miles de situaciones.

Como ante todo lo novedoso, están quienes los reciben como una innovación y condenan las formas tradicionales. Como contrapartida, resulta imposible prever cada una de las vicisitudes durante toda la vida de un contrato. Así un contrato inteligente entenderá que una parte no cumplió la prestación a su cargo, pero no podrá analizar si existió una justificación que lo eximía ese cumplimiento, entre otras consideraciones.

No se trata de resistir lo nuevo sin argumentos válidos, pero tampoco se trata de abrirse a lo nuevo y condenar las formas tradicionales. Estos contratos automáticos y autoejecutables nos demuestran una vez más somos las personas humanas quienes tenemos la inteligencia para conjugar, armonizar e interpretar situaciones contingentes que pueden ocurrir durante el vínculo contractual y que merecen una reformulación de las cláusulas.

## LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE TÍTULOS VALORES REPRESENTATIVOS DE MERCADERÍAS

**Dra. Nancy Borka**

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados Avellaneda Lanús.

---

### **PONENCIA.**

**Es jurídicamente posible crear un título valor atípico representativo de mercaderías en sentido amplio, que permita la inclusión de toda clase de bienes susceptibles de valor económico, ya sean registrables o no registrables porque lo que se transfiere con el endoso o anotación en cuenta del título valor (conforme a que éste sea cartular o no cartular) es un derecho creditorio y por lo tanto personal, que atribuye a su portador legítimo, el derecho de la entrega de la cosa y poder transmitirla mediante endoso.**

**El título valor sobre mercaderías no incorpora un derecho real, sino un derecho personal (crédito) por medio del cual se permite la transmisión de un derecho real sobre una cosa a posteriori.**

---

### **1. Introducción**

Los títulos valores son instrumentos que promueven el desarrollo económico estimulando el ahorro y procurando la obtención de fondos para la financiación. El otorgamiento de crédito en un contexto económico inflacionario se torna dificultoso, ya que, quien entrega bienes o servicios debe tener la seguridad que habrá de recibir la contraprestación pactada en tiempo y forma.

El Código Civil y Comercial introdujo soluciones que permiten la generación de crédito, al posibilitar la libertad de creación y emisión de títulos valores. Esa libertad comprende darles una denominación, una clase, determinar su forma de circulación, establecer garantías, determinar cómo se producirá su rescate, fijar los plazos por los cuales se emitirán, su forma de circulación, la conversión o no en otra clase de títulos y cuáles serán los derechos que tendrán sobre ellos los terceros titulares<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme al artículo 1820 CCyCN.

En este contexto, es posible crear títulos valores con las limitaciones impuestas por la ley<sup>2</sup> a saber: 1) que se expresen con claridad; 2) la imposibilidad de confusión con otro tipo, denominación o condiciones previstas en la ley vigente; 3) para los títulos valores abstractos atípicos, que solo puedan ser creados cuando se destinen a oferta pública.

Dentro de las múltiples clasificaciones de títulos valores, aquella que considera el objeto del derecho incorporado los distingue entre: 1) obligacionales (incorporan derechos de crédito pecuniarios o dinerarios); 2) de participación (otorgan un derecho de crédito y garantizaban una posición jurídica en una empresa); y 3) de tradición o reales (confieren al portador legítimo la posesión de las mercaderías, el derecho a exigir su entrega o restitución y el poder de disposición).

Los títulos valores de tradición o reales permiten que el portador legítimo, tenga el derecho a la entrega y la posesión de mercaderías y además pueda disponer de ellas mediante su transferencia. El adquirente tendrá la posición jurídica de “*un acreedor sujeto a la protección particular que otorga la disciplina ... de los títulos valores (autonomía en el plano obligatorio y real: arts. 1816 y 1819 del Código)*.”<sup>3</sup> Esta circunstancia se ve refrendada por lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1815 del Código Civil y Comercial al establecer la imposibilidad de cosificación de los títulos valores, mediante su exclusión del régimen de las cosas muebles registrables. El Código Civil y Comercial nada dice con referencia a los muebles “no registrables” y por ese motivo se ha afirmado que esa exclusión no debería haberse incluido en la Sección 1° del Capítulo 6, sino en la Sección 3° del Capítulo 6 referida a los títulos valores no cartulares, pues para estos se exige su registro<sup>4</sup>.

Este análisis nos conduce a lo normado por el artículo 1828 del Código Civil y Comercial que posibilita que los títulos valores representen mercaderías<sup>5</sup> que sirvan para acreditar su propiedad y también permitan disponer de ellas al tenedor legítimo del documento<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup>Ibidem 1.

<sup>3</sup> PAOLANTONIO Martín Esteban. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Director Ricardo Luis Lorenzetti. Tomo VIII. 1° Edición. RubinzalCulzoni Editores. Santa Fe, año 2015.

<sup>4</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Aspectos generales de los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial*. *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*. Año III, Número 3, Octubre 2012, página 283.

<sup>5</sup> Artículo 1828 CCyCN: *Los títulos representativos de mercaderías atribuyen al portador legítimo el derecho de entrega de la cosa, su posesión y el poder de disponerla mediante la transferencia del título.*

<sup>6</sup> *Tal como ocurre con el certificado de depósito o resguardo.*

Las cartas de porte y los conocimientos de embarque son títulos valores típicos representativos de mercaderías o cosas transportadas por tierra, pero nada impide la creación de un título valor atípico representativo de mercaderías mientras cumpla con las previsiones enunciadas precedentemente.

Para crear un título valor atípico representativo de mercaderías debemos conocer su concepto. He aquí la primera dificultad, ya que el Código Civil y Comercial no nos brinda ninguna definición sobre que considera por mercaderías. Por lo expuesto, es necesario acudir a normas supletorias.

## 2. Concepto de Mercaderías en el Derecho Argentino

El concepto coloquial de mercadería alude desde bienes de consumo (alimentos, bebidas, textiles, calzado, productos farmacéuticos, cosméticos, aparatos electrónicos, etc), productos semielaborados (papel), bienes de equipo (como automotores en general, la cual legalmente incluye el término de maquinarias, materiales para la construcción y en general aplicados a la industria).

Nuestro derecho define el concepto de mercadería en el Código Aduanero<sup>7</sup> como *“todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado”* y que a los fines de la aplicación de dicha ley se consideran *“como si se tratara de mercadería: a) las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excluido todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios; b) los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual. c) Las prestaciones de servicios realizadas en el país, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el exterior.”*

La AFIP considera que el concepto de mercadería *“alcanza a los objetos intangibles, como por ejemplo electricidad, gas, etc.; a los tangibles como los bienes muebles (Aquellos que pueden ser transportados de un lado a otro) o semovientes (Aquellos que se trasladan por sus propios medios, por ejemplo: Animales vivos, aviones, barcos, etc.)”*<sup>8</sup>

Al no contar con una definición precisa en el Código Civil y Comercial, el con-

---

<sup>7</sup> Artículo 10 de la Ley 22.415.

<sup>8</sup> <https://servicioscf.afip.gob.ar/publico/abc/ABCpaso2.aspx?id=3811078>

cepto de mercadería para el régimen jurídico de los títulos valores abarca a una categoría de cosas que sean legalmente susceptibles de ser comercializadas. La condición de poder importarse y exportarse tiene relación con criterio técnico aduanero y solo es aplicable a dicho campo, para poder determinar las exigencias para el traspaso por las fronteras según lo impongan las normas específicas.

### **3. Títulos valores representativos de mercaderías ¿pueden abarcar bienes registrables y no registrables?**

En primer lugar, el artículo 1828 está ubicado dentro de la Sección Primera del Código Civil y Comercial, atinente a disposiciones generales sobre títulos valores. Por este motivo, mediante la libertad de creación establecida en el artículo 1820, se podrán crear títulos valores al portador, a la orden, nominativos endosables, nominativos no endosables, cartulares y no cartulares.

En segundo lugar, cabe preguntarse si los títulos valores representativos de mercaderías solo pueden abarcar bienes no registrables por la expresa mención de la segunda parte del artículo 1815 del Código Civil y Comercial o si también pueden incluir bienes registrables.

En la mención del artículo 1815 del Código Civil y Comercial el legislador ha querido que los títulos valores no se rijan por las normas que regulan a las cosas<sup>9</sup> a fin de facilitar el comercio y evitar la sujeción a la reivindicación y/o a la repetición de lo cobrado. Debe recordarse que el título valor sobre mercaderías no incorpora un derecho real, sino que incorpora un derecho personal (crédito) por medio del cual se permite la transmisión de un derecho real a posteriori<sup>10</sup>.

La forma de transmisión del título valor se regirá por lo que determine la ley de su circulación, mientras que la transmisión del derecho real sobre la cosa (registrable o no) se cumplimentará conforme lo establecido por la ley de fondo<sup>11</sup>.

Si el título valor atípico sobre mercaderías fuera no cartular, se agregará la ne-

---

<sup>9</sup> A las cuales define en el artículo 16 “Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.”

<sup>10</sup> CASTELLS, Andrés. *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa. Civiles, Monografías. Madrid, 1992, Anuario de Derecho Civil, página 334.*

<sup>11</sup> Por ejemplo para los bienes inmuebles título y modo, es decir, escritura pública y tradición.

cesidad de su registro conforme lo indica el artículo 1850 del Código Civil y Comercial para su oponibilidad a terceros, ya que el mismo será constitutivo del derecho. El artículo 1815 CCyCN excluye del concepto de bienes registrables establecido por el artículo 1890 del CCyCN a los títulos valores, y en especial a los no cartulares, que ya tienen su propio registro bajo la mención del artículo 1850 CCyCN.

#### 4. Función económica

La creación de títulos valores representativos de mercaderías permite ampliar la operación de depósito de mercaderías y pasar a darle un contenido financiero, ya que los productores de bienes podrán emitir títulos valores que permitan la circulación de la mercadería y la posibilidad de darla en prenda para obtener financiación.

Para el caso que los títulos valores representen bienes registrables, un fabricante (por ejemplo un fabricante de automotores o maquinarias agrícolas) para quien su producción está enmarcada en el concepto de mercadería, podrá emitir un título valor representativo de una unidad de su producción (automotor o maquinaria agrícola) y financiar su entrega pactando la periodicidad de los pagos y el interés aplicable. Al cumplimiento del plazo y el pago de las cuotas, el portador legítimo del título valor tendrá derecho a la entrega de la cosa, su posesión y el poder de disponerla mediante la transferencia del título (conforme haya sido pactado en las condiciones de su emisión).

El título valor también podrá ser negociado por el acreedor por simple endoso registrado en sede notarial<sup>12</sup>, otorgando a su portador a la conclusión de la operatoria pactada, el derecho a la entrega de la cosa, por simple aplicación del carácter esencial de la autonomía, definitoria de los títulos valores.

Esta operatoria significará que el fabricante venda al consumidor de manera directa y que la financiación sea de la misma forma, evitando la existencia de cualquier intermediario que haga más onerosa la adquisición del bien. Si la mercadería se tratara de un bien registrable, la misma deberá cumplir su registración en el registro respectivo para el nacimiento de un derecho real sobre la misma.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Conforme al artículo 1850 del Código Civil y Comercial

<sup>13</sup> Para el ejemplo dado, la registración será ante la Dirección Nacional del Registro Nacional de la Propiedad Automotor. Para un bien inmueble o partes indivisas de un bien inmueble, se requerirá título suficiente (escritura pública) y modo suficiente (tradición). A mayor abundamiento se recomienda la lectura de <http://www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema1/T1-BORKA-BORRELLI-y-MORCECIAN-Titulos-valores-por-metro-cuadrado.pdf>

Para valerse de un sistema seguro de registración y control, podrá utilizarse una blockchain permitida administrada por el agente de registro de los títulos valores ya sean estos emitidos en forma cartular o no cartular.

## Conclusión

Los títulos valores tienen como denominador común la función de representar derechos de contenido patrimonial y representar “derechos a una cierta prestación consistente en la entrega de una cierta cantidad de recursos monetarios o una cierta cantidad de bienes y riqueza.”<sup>14</sup>

Esto nos lleva a concluir que es jurídicamente posible crear un título valor atípico representativo de mercaderías en sentido amplio, que permita la inclusión de toda clase de bienes susceptibles de valor económico, ya sean registrables o no registrables porque lo que se transfiere con el endoso o anotación en cuenta del título valor (conforme a que éste sea cartular o no cartular) es un derecho creditorio y por lo tanto personal, que atribuye a su portador legítimo, el derecho de la entrega de la cosa y poder transmitirla mediante endoso.

---

<sup>14</sup> VILLEGAS Carlos Gilberto. *Titulos Valores y Valores Negociables*. Editorial La Ley, año 2004, primera edición, página 9.

## **SMART CONTRACS – CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS APORTADOS A LAS PLATAFORMAS- CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS.**

**Dr. Marcelo Fabián Boedo**

Colegio de Abogados de Morón

Ante el irrefrenable avance de las contratación por medios electrónicos en la actividad diaria, maximizado además por el exponencial desarrollo de las nuevas tecnologías (contratos bancarios, plataformas de pago electrónico, tarjetas de crédito y consumo, Mercado Libre, Marketplace de Facebook, Play Station, PayPal, servicio de internet, plataformas de videos y entretenimiento, etc- que por ende y como nuevo hecho social se encuentran exentas de un marco regulatorio específico adecuado y eficiente que las contenga hasta tanto el legislador logre asimilar los cambios - asimilación está a la que el mencionado término “exponencial” deja pocas luces de esperanza- habremos de señalar someramente cuáles son algunos de los aspectos que conforme la casuística entendemos más relevantes, al menos en términos generales.-

### **EL CAMBIO DE PARADIGMA:**

Sin lugar a dudas como disruptivo se presenta el caso de los Smarts contracts: contratos inteligentes, mediante los cuales se establecen acciones que se ejecutarán en forma automática, prescindiendo de intermediario o contratante que la ejecute, por estar previamente programada en el sistema, por ejemplo: Si ante la locación de un automotor (Vgr. Toyota), el locatario dejase de abonar el canon, comenzarán de modo automático y control satelital mediante, a dejar de funcionar accesorios de confort de la unidad, el aire acondicionado, hasta llegar de modo progresivo a bloquear el funcionamiento de la unidad, que obviamente se encuentra satelitalmente rastreada por el locador, lo cual permitirá su inmediato recupero.

Vemos así entonces como la auto ejecutabilidad de este tipo de contratos logra de modo inmediato por vía del hecho, lo que al sistema judicial le hubiese tomado un largo proceso vinculado a un incumplimiento contractual. Lo que si bien lo libera y deja al margen y por decisión de las partes de la tarea acordaron éstas resolver por sí mismas agilizando así el tráfico del comercio, entendemos que deberíamos repensar cual es el rol del estado en cuanto a su intervención en la autonomía de la voluntad

de las partes en los acuerdos celebrados, por cuanto si bien el reseñado se presenta como un caso en el que la justicia no interviene ante la solución por vía de hecho de las partes, no habremos de olvidar que en las antípodas de ello se encuentra el caso en el que en lugar de una cosa mueble, lo contratado versa sobre un bien raíz, en el que si ante igual incumplimiento de locatario en el pago del arriendo, el locador procediese a - sin violencia sobre las cosas o personas- interrumpir el suministro de los servicios como gas o electricidad, tornando así menos funcional la habitabilidad del inmueble, tendría en este caso no solo un reproche en el orden civil o comercial, sino una reprimenda en el fuero penal por la comisión del delito de usurpación previsto en el artículo 181 del código penal.

Entonces, siendo de público conocimiento que en determinadas zonas de condiciones económicas marginales en la que los inmuebles se alquilan con contratos que ni siquiera son escritos y que finalizan con la expulsión sin más del inquilino y sus pertenencias ante el incumplimiento del pago, nos encontramos ante la gran paradoja de que tanto en el extremo del mundo más avanzado mediante la ejecución de smart contracts como en los más postergados de nuestra nación, presenciamos formas contractuales en las que el sistema judicial no ingresa en un caso por el avance y la eficiencia de la tecnología y en el otro por la extrema marginación de los sujetos intervinientes, que pese a encontrarse “protegidos por la legislación vigente” terminan por vía de hecho celebrado un contrato “autoejecutable”. Asimetría ésta el ente estatal debería abordar, sea asimilando los principios de las nuevas formas contractuales, o, en su caso velando por el pleno cumplimiento de la norma escrita, independientemente de la condición social del ámbito en que se aplique.

## **CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS APORTADOS A LA SPLATAFORMAS**

Otra cuestión compleja se devela en cuanto a la privacidad y protección de los datos personales que el usuario suministra a cada plataforma con la que interactúa. - Considerándose a estos por tratamiento de datos, debe entenderse aquellas operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias (Art. 2 ley 25326).

Cuestión que en la ley a ley 25506 de firma digital aborda algunos de estos aspectos al regular las obligaciones del certificador licenciado y los derechos del titular

de un certificado digital, que se traduce en obligaciones tales como la de mantener el control exclusivo de sus propios datos de creación de firma digital e impedir su divulgación, operar utilizando un sistema técnicamente confiable de acuerdo con lo que determine la autoridad de aplicación, recabar únicamente aquellos datos personales del titular del certificado digital que sean necesarios para su emisión, quedando el solicitante en libertad de proveer información adicional y mantener la confidencialidad de toda información que no figure en el certificado digital, entre otros.

Por fuera de este ámbito específico, que dicho sea de paso deja de lado la firma electrónica, de tan basta aplicación en la actividad contractual, se encuentra la tutela de su antecesora ley 25326 de protección de datos personales, sancionada con el fin de garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas y el acceso a la información de ellas se registre.

Para finalizar no podemos dejar de remarcar y ponderar la legislación de un país vecino, más precisamente de Chile, en donde encontramos una minuciosa regulación de estos delicados aspectos en la “Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma” (19.799). El art. 23 del citado cuerpo normativo, sin realizar discriminación alguna según el tipo de firma, efectúa un interesante abordaje de la temática, <sup>(1)</sup>

Por lo que entendemos procedente a fin de aminorar los riesgos, la adaptación de la legislación vigente de modo que se torne específica a esta modalidad contractual, de modo que sancione severamente los incumplimientos efectuados.

## **CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS:**

Ante la asimetría de poderío desplegado ente estas apps y el usuario, que desembocan en la suscripción de contratos de adhesión que vedan por completo la posibilidad de negociación de condiciones contractuales por parte de este último, es que quedará como camino sucedáneo la ulterior facultad del órgano judicial de revisión de las cláusulas suscriptas.

Un claro ejemplo de ellos son las directivas establecidas por la app conocida como “Mercado pago“, perteneciente a Mercado Libre, cuyas condiciones contractuales inician proclamando que “En cualquier caso, la utilización del Servicio implica la aceptación por parte del Usuario de las Condiciones Generales y Cualquier persona

---

(1) (Cfr. *Contratos Electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales. Tomo I EDLaLeyEBook capítulo IX*)

que no acepte estos términos y condiciones generales, los cuales tiene un carácter obligatorio y vinculante, deberá abstenerse de utilizar el sitio y/o los Servicios”. Ello amplificado por la posibilidad de variación por parte del oferente de las condiciones ya pactadas, implementado el sistema de aceptación tácita por parte del usuario, al expresar que Mercado Pago podrá modificar en cualquier momento estas Condiciones Generales. Y notificará los cambios al Usuario publicando una versión actualizada en el sitio con expresión de la fecha de la última modificación, comunicación a la cuenta del cliente, o mensaje al mail brindado por el usuario - modificaciones que por otra parte se entenderán aceptadas en caso de no haber sido repudiadas por la contraparte dentro de los 10 días de su publicación, en cuyo caso, lejos de la posibilidad de negociación de las mismas, contará con la sola opción de la disolución del vínculo.-

Entonces, ante este método claramente abusivo desplegado por los prestadores es que a tenor de los Arts. 35, 37 y 38 de la LDC y 1118 y 1119 del CCyC, será la autoridad de aplicación la encargada de vigilar que en los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas, como aquellas que limitan la responsabilidad por daños, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, entre otros. Refiriendo además en cuanto a la facultad de modificación contractual, la prohibición de ofrecimiento de una cosa o servicio que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice, lo cual parece ser un claro salvoconducto tendiente a la normalización de la anómala situación.

### **CONTRA CARGOS INDEBIDAMENTE EFECTUADOS:**

Otro punto no menos complejo se erige respecto de la discrecional facultad de la plataforma de efectuar contra cargos según su leal saber y entender facultándolo asimismo efectuar los débitos no solo de de su Cuenta Mercado Pago, sino de aquellas que sean también operadas por éste a criterio razonable de este último.

Se ha dicho que este mecanismo de auto tutela privada, aun cuando se encuentre expresamente previsto en las cláusulas predisuestas aceptadas por el comercio, sólo deberán validarse en casos extremos en los que se verifique o una maniobra fraudulenta de la cual el establecimiento haya participado en asocio con un tercero (supuesto de venta ficticia) o una conducta negligente que haya contribuido a su existencia, asegurando el derecho de defensa al comercio adherido. Se entiende que el recurso inmediato al contracargo, ante cualquier alegado incumplimiento por parte del establecimiento adherido, es una práctica contractual abusiva, frecuente en

la cotidianeidad del sistema de tarjeta de crédito, pero no por ello menos reprobable <sup>(2)</sup>

Por otra parte, si bien no nos encontramos aquí frente a las denominadas entidades bancarias sino a proveedores de servicios de pago, que se encuentran autorizados a operar como por el Banco Central de la República Argentina, que los ha definido como personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en el marco global del sistema de pagos, tal como ofrecer cuentas de pago. <sup>(3)</sup> reciben igualmente control por parte de la entidad madre, por lo que entre otros aspectos, deben efectuar su inscripción en el “Registro de Proveedores de Servicios de Pago que ofrecen cuentas de pago” de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias <sup>(4)</sup>, por lo que entendemos entonces no le resulta tampoco ajena la calificación de cosa riesgosa empleada en el ámbito forense para la actividad desplegada a través de la banca electrónica, por lo que entendemos que debería se esta entidad quien regule de un modo más celoso en todo caso la utilización de cláusulas contractuales claramente abusivas como las mencionadas, a los fines de evitar el ulterior inicio de multiplicidad de acciones judiciales tendientes a corregir de modo individual tales irregularidades. O en su caso, el inicio de acciones de clase orientadas en tal aspecto.

---

(2) (Martin E. Paolantonio, *Responsabilidad del administrador y sujeto pagador en el sistema de tarjetas de crédito, comentario al fallo de CNCom, sala C, Greco S. C.A. v. Argencard S.A. MasterCard, 22/02/2002, JA2002-IV-757*).

(3) COMA6929BCRA.

(4) COMA6929BCRA.

## EL PROBLEMA DE LOS CONTRATANTES NO AMPARADOS EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

**Dr. Marcelo Fabián Boedo**

Colegio de Abogados de Morón

---

### **PONENCIA:**

**En análoga desventaja operan igualmente muchos de los pequeños comerciantes que ofrece su producto o servicio, pese a encontrarse en situación de desamparo de la ley consumeril, sobre todo tomando en cuenta el poderío estructural desplegado por las empresas de pago electrónico Vgr. billeteras, bancos, tarjetas de crédito- frente a, por ejemplo, una persona humana ejerciendo actos de comercio.**

---

En efecto, se admite que se pueda considerar como consumidor o usuario a la persona jurídica, cuando pese a adquirir bienes o servicios dentro del ámbito de la actividad de su empresa, tales adquisiciones no se relacionan directa o indirectamente con el objeto propio de aquella, es decir, cuando se trata de bienes o servicios adquiridos sin tener por destino de manera directa o indirecta el proceso de producción o de comercialización en que consiste la actividad empresarial (CRF. Farina, Juan M, Defensa del consumidor y del usuario, Ed. Astrea, 3ra. edición actualizada y ampliada, Bs.As.,2004, pag.62yss.) <sup>(1)</sup> Si bien en el caso no resulta de aplicación la LDC y por ende la solidaridad prevista en la norma en su art. 40 atento a que no cumple dicho rol quien actúa como comerciante y por ende no puede beneficiarse con el régimen consumeril (ver resolución a fs. 508/10 de estos obrados) y en tal calidad demanda a los actores de este sistema, no puede negarse la responsabilidad de las demandadas, no solo por aquella conexidad contractual sino también por el incumplimiento de su obligación de vigilancia y supervisión del funcionamiento del sistema trasunta en la

---

*(1) Tacco Calpini S.A. c/Renault Argentina S.A. y otro SENTENCIA 6 de Marzo de 2009 CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES Id SAIJ: FA09989207*

responsabilidad solidaria, junto con los entes bancarios, por la incorrecta prestación del servicio. <sup>(2)</sup>

Es por ello por lo que entendemos que, si bien la calidad de comerciante del sujeto lo deja fuera de su paraguas protectorio, la LDC resulta igualmente de aplicación para quienes, ostentando esa calidad, ofrecen de forma esporádica productos de su propiedad ajenos a su giro comercial, por lo que no deja entonces de ser un consumidor del servicio que estas plataformas brindan.

Yendo un poco más allá, también se presenta el problema de aquellos casos en los que las tarjetas de crédito hacen uso de su facultad discrecional de efectuar contracargos de los importes correspondientes a operaciones previamente aceptadas, dejando al comerciante en situación de indefensión frente al poderío y arbitrariedad de la entidad crediticia, situación a la que la jurisprudencia le ha puesto freno al entender que <sup>(3)</sup> el sistema de tarjeta de crédito es funcionalmente plurilateral, o se compone de negocios individuales pero conexos, coligados o imbricados. Es decir, no se concibe la existencia del sistema sin por los menos la presencia de tres partes, que asumen obligaciones independientes pero imbricadas: El administrador del sistema, llamado por la ley “emisor” (art. 1°), el usuario o titular de la tarjeta y los comercios adheridos (sistema cerrado). En los casos de tarjetas bancarias llamados también “sistemas abiertos” existen en realidad cuatro partes, pues a las mencionadas se le agrega la institución financiera, que es quien celebra con el usuario el contrato de emisión de tarjeta de crédito y con los comercios adheridos, el llamado contrato de incorporación al sistema, actuando como banco pagador, por lo que se ha resuelto que “acreditado que el banco demandado cumplió dentro del sistema de tarjeta de crédito la función de banco pagador y resultó contratante directo respecto del comercio adherido, debe responder por los contracargos efectuados en la cuenta de este último, en tanto no acreditó un eventual obrar ilícito o negligente del comercio en el uso del servicio de tarjeta de crédito, resultando insuficiente a tal efecto la mera impugnación de los consumos por el titular de la tarjeta”<sup>(4)</sup>

En igual sentido, se ha suspendido cautelar mediante, la posibilidad de la ad-

---

(2) Sala 3 C.C. MENDOZA, autos N°253.852/50. 907, Vendemmia, FrancoAbelardoc.BancoPatagonia SA y otros .s/medida precautoria, Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (febrero), 09/02/2015,35 -Cita Online:AR/JUR/58744/2014)

(3) CASSOLI LILIANA BEATRIZ Y OTRO /AC/VISAARGENTINAS.A Y OTRO/AS/COBRO SUMARIO SUMAS DINERO (EXC. ¿ALQUILERES, ETC.) Causa N° MO-26910-2014?? CCyC Sala 2 Morón

(4) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 09/09/2010, “Lemelsons Silvina Mariela Citibank N.A.”, TRLALEYAR/JUR/92677/2010).

ministradora de tarjeta de crédito de efectuar contracargos dado que conforme a los contratos suscriptos con el Banco no se desprende que haya existido una autorización expresa del actor para que de su cuentas en los llamados “contracargos” que ha efectuado la empresa Visa Argentina SA, lo que resulta claramente contrario a la reglamentación. Se refirió que el art.793 del Código de Comercio reformado por la ley 24.452, complementado ello por la Reglamentación del BCRA (comunicación “A 5659) establece entre los aspectos del funcionamiento a incluir en el contrato de cuenta corriente (punto 1.5): “...1.5.4. Los conceptos que se debitarán de la cuenta corriente, siempre que medie autorización expresa del cliente, por:1.5.4.2. Servicios de cobranza por cuenta de terceros, concertados directamente con el banco o a través de dichos terceros (débitos automáticos o directos) para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes, facturas de servicios públicos o privados, resúmenes de tarjetas de crédito, etc., cuando se Encuentre asegurado el conocimiento por el cliente con una antelación mínima de 5 días hábiles respecto de la fecha fijada para el débito que él cuenta correntista haya contratado.

Es decir la verificación de un claro acto de connivencia o de negligencia en principio habilitaría no la realización sino el requerimiento o petición de dicho débito. Se entiende que el recurso inmediato al contracargo, ante cualquiera legado incumplimiento por parte del establecimiento adherido, es una práctica contractual abusiva, frecuente en la cotidianeidad del sistema de tarjeta de credito, pero no por ello menos reprochable <sup>(5)</sup>

Es por ello por lo que ante la evidente posibilidad de abusos generados en este tipo de módulos contractuales proponemos, más allá de un efectivo control por parte de la autoridad de aplicación de las cláusulas contractuales fijadas, la aplicación de la normativa aplicada en sede judicial del modo reseñado, sin perjuicio, según el caso, del ejercicio de la acción de clase.

## LA EJECUTABILIDAD DE LOS CRÉDITOS OTORGADOS POR LAS FINTECH.

Otra cuestión cuya controversia se mantiene a través del tiempo, es la atinente a la ejecutividad de los créditos otorgados por las denominadas Fintech, los que dada su sintomatología, carece de la firma digital que avala la firmeza de los Echeqs.

---

(5) (Martín E. Paolantonio, “Responsabilidad Del administrador y sujeto pagador en el sistema de tarjetas de crédito, comentario al fallo de CNCom., Sala C, “GrecoSCA c. ArgencardSAMastercard”, 22/02/2002, JA2002-IV-757).

Ante todo cabe rememorar que a diferencia de la presunción de autoría prevista para la firma digital la firma digital por ser susceptible de verificación por terceras partes - sistema bajo el cual funcionan los Echeqs-, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.- Así, por el contrario toda aquella signatura que incumpla alguno de esos requisitos, será considerada firma electrónica, desprovista en consecuencia de la mencionada presunción.

Entonces, siendo que en el primero de los casos el BCRA regula la circulación de estos “caratulares” - que dicho de paso si bien son archivos informáticos que funcionan bajo código binario, se materializan en papel al momento de la emisión del Certificado de Acciones Civiles, que no es otra cosa que un papel dotado de firma ológrafa de dos funcionarios de la entidad bancaria mediante la comunicaciones “A” 6578 Empleo de medios electrónicos para cheques “A” 6727 Requisitos del C.A.C sumado ello a la ley 27.444, en cuanto establece que el requisito de la firma quedará satisfecho con cualquier método que asegure indubitadamente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento y equipara firma electrónica y la Firma Digital siempre que se garanticen indubitadamente la exteriorización de la voluntad y la integridad del instrumento cambiario.

Entonces, siendo que el rol del rol de contralor de los requisitos de integridad, unicidad y autoría que en materia de cheques electrónicos asume la Cámara de Compensación bajo valor- Coelsa-, no es ejercido respecto de las restantes operaciones de préstamos, tal desamparo se trasluce en la falta de ejecutividad que acarrearán estas últimas. Situación ésta que, si bien ha sido menguada en algunos casos por la jurisprudencia, continúa desde el punto de vista estrictamente legal en severos problemas pendientes de resolución.

En este aspecto es menester recordar que la ley 25506 de firma digital regla que la misma debe *ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. debe poder verificarse por Autoridad de Aplicación.* (Art. 2), por lo que la equipara a la firma ológrafa (Art.3), definiendo así por exclusión a la electrónica como aquella que carece de alguno de los requisitos de la firma digital (Art. 5).

Siendo además que por su parte el CCyC equipara a ambas, siempre que se asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento. Es entonces por esa tronera que los partidarios de la agilización del trámite judicial de cobro de sus acreencias encuentran sustento a su teoría, con fundamento entre otros en:

- La robustez del sistema informático en el que opera cada aplicación destinada a la circulación de dinero, que permite el control por parte del perito mediante la comparación del código hash.
- Tratamiento abordado a los contratos electrónicos tanto por la LCD N° 24.240 como por el Código Civil y comercial de la Nación
- Beneficio para la sociedad ya que abarata los créditos al reducir la mora en el cobro.
- La autenticidad del documento digital puede efectuarse por cualquier medio de prueba
- El Art. 314 del CCyC establece que la autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio (Vgr. Pericial informática)

Cuanto, por su contraparte, los detractores sostienen que:

La plataforma informática de las Fintech NO asegura la integridad del título

No existe el suficiente control estatal sobre este tipo de empresas

Ejecutividad de la acción, sumada a la traba de medidas cautelares y notificaciones bajo responsabilidad de la parte actora, dejan en total indefensión al deudor. Desnaturalización de proceso ejecutivo dado que el peritaje informático quebraría la secuencia natural del proceso ejecutivo.

**ENTONCES:** siendo que en los casos en los que aquello que pretende escapar de la vía ordinaria del proceso sean los saldos de operaciones por tarjetas de crédito, tal dispensa es aceptada en virtud de haberse superado el tamiz de:

- Constancia de resúmenes mensuales notificados al deudor
- Impugnabilidad de éstas de modo extrajudicial
- Términos protectorios Arts.1093 ,1378,1380 y1386 del CCyC
- Art.36de la LDC en cuanto a la protección referente a las operaciones de venta a crédito
- Vigilancia por parte del EI BCRA de las entidades crediticias
- 37 Nulidad o anulabilidad de los términos contractuales abusivos
- 65 Orden público de las disposiciones de la ley consumeril

Es que entendemos que como solución a esta conflictiva, pasaría justamente por regulación por parte del BCRA y la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor, de los requisitos mínimos que debe presentar la aplicación respecto la claridad de los términos del préstamo otorga a los fines del cumplimiento de las directivas del Art 36 y de la ley 24240 y a la vez, se dicten circulares y se efectúe un contralor respecto a la robustez y transparencia de las plataformas utilizadas a tal fin.- Sin perjuicio además de la legislación en materia procesal en su caso, de los requisitos atinentes a una eventual preparación de la vía ejecutiva.

## OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

**Dr. E. Daniel Balonas**

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

---

### PONENCIA

**Cualquier solución que se proponga para la cancelación de una obligación en moneda extranjera, en tanto no se trate de un pago en tal moneda, debe implicar la cantidad de moneda necesaria para adquirirla mediante operaciones legalmente y fácticamente posibles, y no la elección de un tipo de cambio que no puede traducirse en operaciones reales.**

---

### 1. INTRODUCCIÓN. INEXISTENCIA DE MONEDA EN LOS ÚLTIMOS 50 AÑOS.

Lamentablemente hemos de admitir que la inflación es, a esta altura, una característica endémica de nuestra economía. De ningún modo importa eso aceptarla como un hecho irreversible, mas la realidad demuestra que a lo largo de los últimos cincuenta años, con la única excepción de los años 1991 a 2001, la inflación casi siempre ha superado el 30 % anual<sup>1</sup>.

La inflación suele ser definida como un aumento generalizado de precios<sup>2</sup>. Sin embargo, el fenómeno en nuestro país es el de la permanente pérdida de valor de la moneda, que se traduce en la necesidad de mayor cantidad para adquirir los mismos bienes.

Quien contrata necesita conocer el poder de compra que tendrá el dinero que acepta recibir a plazo. A carecer de una moneda cuyo valor se mantiene en el tiempo debe procurar por otros medios lograr la relativa certidumbre que le permita comerciar.

En su tercera acepción, el diccionario de la Real Academia Española define a

---

<sup>1</sup>El promedio de los últimos 30 años es de un 376 % anual, aun cuando comprende siete años del recordado período de convertibilidad. El promedio de los últimos 20 años es de un 269 % anual y actualmente no baja del 100 % anual.

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

la moneda como “*Instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago*”. Tal unidad de medida es la utilizada por las personas para acordar sus obligaciones y créditos.

Mas cuando la moneda se deprecia a razón de más de un 100 % anual en promedio, y resulta, además, imposible de prever en qué medida lo hará en los próximos meses, el mercado se queda sin esa unidad de medida y, necesariamente, acude a distintos mecanismos para compensar la incertidumbre que, de otro modo, paralizaría los negocios al impedir determinar, a priori, el justo sinalagma.

## 2. LAS SOLUCIONES DEL MERCADO A LA AUSENCIA DE MONEDA.

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

Tal mecanismo en teoría absolutamente justo, mas en la práctica influenciado por los no siempre correctos métodos y mediciones utilizados en la confección de los índices utilizados funcionó razonablemente hasta su prohibición legal en el año 1991<sup>3</sup>. Ya hemos dicho que la prohibición tuvo razonabilidad en el momento, mas se volvió irrazonable con el paso del tiempo<sup>4</sup>.

La prohibición encontró en los últimos tiempos excepciones legales -que corroboran su irrazonabilidad- en materia alquileres (Ley 27551 Art. 14), o en materia de créditos y financiación de la Vivienda (Ley 27271, Art. 21) que dieron nacimiento a los créditos “UVA” y con ello otros negocios financieros en esa unidad. Mas la regla general sigue siendo la prohibición<sup>5</sup>.

## 3. LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN DÓLARES.

En ese contexto, la posibilidad de pactar en moneda extranjera, generalmente

---

<sup>3</sup>Ley 23928 de Convertibilidad del Austral.

<sup>4</sup>Ver nuestra ponencia “*Inconstitucionalidad de la Prohibición de Indexar*”, 37 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, Monte Hermoso, Junio de 2003, cuyas conclusiones sostenemos aún 20 años después.

<sup>5</sup>Otras leyes encontraron unidades de medida más confiables, con valor determinado por terceros y útiles solo a algunos fines (por ej. el JUS, el UMA, la UHOM, el antiguo Caduceo de los Contadores, etc.) Mas ello no resuelve, en general, la posibilidad de negociar contratos y obligaciones a largo plazo.

en dólares estadounidenses<sup>6</sup>, fue la solución. Al carecer nuestro país de una moneda útil como unidad de medida, se acudió a una foránea.

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

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

El Código Civil y Comercial del año 2015, volvió al concepto de obligación de dar cantidad de cosas (Art. 765) que el Art. 766 indica debe satisfacerse en la especie designada y admite se adicionen intereses (Art. 767), los que incluso se presuponen en caso de mora (Art. 768). Sin embargo, dispone el Art. 765, que el deudor de moneda que no sea de curso legal -que se entiende como cantidad de cosas- se libera "*dando el equivalente en moneda de curso legal*".

No ahondaremos en los grandes problemas que históricamente ha padecido la contratación en moneda extranjera: La pesificación arbitraria del Dto. 214/01 y la posterior construcción judicial de la Teoría del Esfuerzo Compartido; las sucesivas prohibiciones y limitaciones a la compra de dólares y su utilización como lógica defensa por quienes debían abonar en esa moneda, seguida por las cláusulas de arbitraje de cambios en el extranjero y su habitual tacha de nulidad. Por el contrario, acotaremos este trabajo a la legislación y situación legislativa actual.

#### 4. LA SITUACIÓN ACTUAL.

La compra de dólares no está prohibida. Y, dado el avance de las contrataciones digitales es poco probable que vuelva a estarlo.

El Banco Central de la República Argentina ha regulado y limitado el acceso al denominado Mercado de Cambios<sup>7</sup>, al que solo pueden acceder -para comprar moneda extranjera- ciertas personas humanas, hasta el límite de USD 200 por mes y

---

<sup>6</sup>La facilidad para obtener esa moneda en nuestro mercado, lo que determina un spread menor en su comercialización la hizo la preferida de empresarios.

abonando un impuesto por única vez y ciertas retenciones a cuenta de impuestos futuros<sup>8</sup>. Muchas otras personas tienen totalmente vedado el acceso a ese mercado.<sup>9</sup>

Mas ese no es el único modo de acceder a la moneda extranjera.

Existe otro procedimiento, legalmente previsto, llamado en la jerga “dólar MEP” o “dólar Bolsa” que consiste en adquirir títulos públicos argentinos de los que cotizan en dólares y en pesos<sup>10</sup> y luego venderlo en dólares. Tal operación es absolutamente lícita y es el modo en que las principales empresas del país –y aún particulares- se hacen de los dólares que necesitan para su operatoria. Lleva entre 10 y 15 minutos<sup>11</sup> y se hace *on line* a través de la banca electrónica de cualquier banco autorizado. Numerosas normas del BCRA regulan esta operación, lo que confirma su licitud.

Como lo ha definido FISANOTTI<sup>12</sup> es “*una operatoria que permite la compra-venta de la divisa extranjera por medio de transacciones bursátiles registradas en los mercados de valores. Se trata de un mercado legal, pero paralelo. Es legal puesto que, observando las condiciones que establece el órgano de contralor del mercado de capitales, no infringe ninguna normativa. Es paralelo porque permite realizar transacciones de moneda extranjera sin hacer escala en el MULC (Mercado Único y Libre de Cambio)*”

También son posibles y lícitas operaciones algo más sofisticadas como el llamado “*Contado con Liqui*” que permite comprar la moneda pero depositarla en una cuenta del exterior, o incluso comprar los dólares en cuentas bancarias del exterior y luego traerlos al país en forma financiera o incluso en efectivo en tanto se declare en la Aduana<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup>Hasta hace poco tiempo las normas lo denominaban Mercado Único y Libre de Cambio (MULC). Entendemos que acertadamente han dejado de utilizar los términos “Único” y “Libre”.

<sup>8</sup>El punto 3.8 del Régimen de “Exterior y Cambios” dispuesto por el BCRA (última actualización Comunicación “A” 7516) dispone restrictivamente quienes pueden y quienes no acceder a tal mercado, y en el punto 3.8.1. dispone que, aquellos que pueden acceder, no pueden adquirir más que USD 200 al mes

<sup>9</sup>Por otro lado, existen muchísimas personas que tienen totalmente vedado tal mercado (ver restricciones de puntos 3.8.4; 3.8.5; 3.8.6; 3.8.7; 3.8.8; y 3.8.10 del referido régimen entre muchas otras).

<sup>10</sup> Por ejemplo: el Bono USD 2030 Ley NY (GD30)

<sup>11</sup> Para la compra de dólares se exige un parking que importa conservar los bonos durante 24 horas hábiles, por lo que la operación se debe comenzar un día hábil y finalizar el siguiente.

<sup>12</sup>FISANOTTI, Leandro en ¿Qué es el “Dólar MEP” o “Dólar Bolsa”?, publicado en la página Web de la Bolsa de Comercio de Rosario (<https://www.bcr.com.ar/es/print/pdf/node/64726>).

<sup>13</sup>Hasta USD 10.000 por pasajero se pueden traer sin declarar.

Vemos entonces que es posible adquirir en forma lícita dólares, aunque no al cambio “oficial”.

## 5. LA REGULACIÓN ACTUAL.

Como dijimos, actualmente el Art. 765 del Código Civil permite al deudor de moneda extranjera liberarse dando “*el equivalente en moneda de curso legal*”.

Entendemos que dicha norma no es de orden público, por lo que admite el pacto en contrario, aunque admitimos que la cuestión es opinable. Sin embargo, no nos ocuparemos de ello<sup>14</sup>, sino del supuesto en que nada se ha convenido -equivalente al caso en que se entienda que se trata de una norma de orden público y el pacto en contrario es nulo-.

La solución del Art. 765 es que el deudor entregue “el equivalente” en moneda de curso legal. Tal equivalencia puede definirse como la cantidad de pesos necesarios para adquirir los dólares adeudados por el procedimiento más económico para el deudor, mientras sea legal y fácticamente posible para el acreedor. En la mayor parte de los casos será el Dólar MEP.

Al contrario, existe jurisprudencia que pretende el pago a cotización “oficial”, o incluso cotización “oficial” más impuestos, que no resulta acertada. Ello desde que, como vimos, tal mercado no está abierto a la mayor parte de los ciudadanos y, cuando lo está, se limita a USD 200 al mes, por lo que, por regla, la suma de pesos que así se determine no será suficiente para adquirir los dólares y, en consecuencia, no guardará la relación de equivalencia que pregonan el Art. 765 del Código Civil.

## 6. CONCLUSIONES.

Para satisfacer el recaudo de equivalencia del Art. 765 del Código Civil y Comercial, el deudor debe dar los suficientes pesos como para adquirir los dólares debidos mediante el mecanismo más económico, lícito y posible. En la mayor parte de los casos ello se cumplirá con el Dólar MEP. Entendemos, además, que es lícito pactar tal conversión -o incluso otra similar- sin violentar el Art. 765 del Código Civil y Comercial, en la eventualidad que se lo considere de Orden Público.

---

<sup>14</sup>Ya que, existiendo antecedentes disímiles, la cláusula contraria al Art. 765 deja de ofrecer la seguridad jurídica que todo contratante desea.



Colegio de Abogados de San Isidro  
Área Académica

# LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires

Tema:

**“ACTUALIDAD EN DERECHO  
SOCIETARIO Y SUS DISTINTAS  
PROBLEMÁTICAS”**

## A PROPÓSITO DEL FALLO DE LA CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL SALA I DE SAN SALVADOR DE JUJUY Y SU COMENTARIO

**Dr. Roberto A. Muguillo (1)**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### PONENCIA:

**La violación de obligaciones laborales o de consumidores que no tengan origen y causa específica en el uso indebido de la personalidad jurídica quedan excluidos del ámbito de aplicación del Art. 144 C.C.C.N. y Art. 54 párrafo 3º. LGS. La aplicación de esta teoría debe encararse con criterio restrictivo.**

---

### INTRODUCCIÓN

El contrato de sociedad genera una entidad organizada para cumplir con la actividad prevista en el objeto social y esa entidad es reconocida como una persona distinta y diferenciada de los socios que la componen.

El reconocimiento de la personalidad de la persona jurídica implica el aceptar la figura ideal como una herramienta para la actuación colectiva y para aunar capitales con una cierta limitación de responsabilidad de sus componentes. Pero esta ficción encuentra límites cuando quienes se sirven de ella abusan de su propia creación (Art. 2 LGS).

Es así que el principio de la inoponibilidad de la personalidad diferenciada o “*corrimiento del velo de la personalidad*”, excepciona la pauta del Art. 2 L.G.S. y del Art. 143 C.C.C.N. *solo* cuando la sociedad-persona jurídica, apartándose de aquellos fines para los que fue creada, *abusa* de su forma – conforme postulara SERIK (1) - para el logro de fines y resultados no queridos por la ley al reconocerle tal prerrogativa.

---

<sup>\*</sup>- Abogado (UBA), Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular Consulto (UBA), integrante del Instituto de Derecho Concursal del C. A. San Isidro, Investigador Asociado en C.E.A.L. (USA).

<sup>1</sup>.- SERIK Rolf, “*Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*” (El abuso del derecho por medio de la persona jurídica) Ed. Ariel, Barcelona, 1958. Publicación del Seminario de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona. También ver DE BENITO, Jose L. “*La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles*”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Esta teoría de la inoponibilidad tuvo su origen pretoriano en los casos “Swift”<sup>(2)</sup> y “Astesiano”<sup>(3)</sup> y su expresión normativa en la reforma a la Ley 19550 por la ley 22.903, buscando evitar la desviación de los fines de la persona jurídica, el uso abusivo o ilegítimo del desdoblamiento de la personalidad entre el sujeto de derecho y de quienes participan del mismo (Art. 143 C.C.C.N.)

Desde larga data también se ha sostenido que ..”*la aplicación de la teoría de la penetración en la persona jurídica no puede llevarse a cabo sin una gran dosis de prudencia, ya que su utilización indiscriminada , ligera y no mensurada, puede llevar a desestimar la estructura formal de las sociedades en supuestos en que no procede, con grave daño para el derecho y la seguridad de las relaciones jurídicas.*”<sup>(4)</sup>

La inoponibilidad de la personalidad pivotea entonces sobre **dos supuestos** tal como indica el Art. 54 3er. Párrafo LGS y el Art. 144 C.C.C.N. y ellos son cuando (i) el **uso del sujeto de derecho lo es con fines extrasocietarios** o sea fuera del objeto social registrado o bien (ii) cuando la **figura societaria es una pantalla sin contenido operativo** real. Y en ambos casos el objeto de ese uso o actuar de la figura – *además* -tiene por mira afectar derechos de terceros, violar la ley o el orden público.

De allí que atento a la importancia que se le otorga a la estructura societaria la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la personalidad diferenciada de la sociedad sus administradores y socios, constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sociedad y en especial de la sociedad anónima.<sup>(5)</sup>

Desde larga data la jurisprudencia laboral (en su mayoría y erróneamente según hemos sostenido<sup>(6)</sup>), ha aplicado en forma genérica y hasta *automática* la desestima-

---

<sup>2</sup>.- C.S.J.N. en Expte. C-705-XVI.

<sup>3</sup>.- CNCom. Sala A, 27/2/1978 en ED to. 143 pag. 349/355, voto del Juez Dr. Raul A. ECHEVERRY.

<sup>4</sup>.- Juzg. Com. Cap. No. 10 “Arroyo del Medio s/Quiebra” enL.L. 1980’A, pag. 116 y cita de CURA J.M. y .. en “Código Civil y Comercial Comentado”, Ed. La Ley, to. 1 pag. 457 y nota 60.

<sup>5</sup>.-C.S.J.N. 3/4/03, en autos “Palomeque A.” en LL 2003-C, pag. 863 y ss, fallo No. 105.543 y C.S.J.N. 31/10/2002 en “Carballo A. c/ Kanmar S.A.”. También en igual sentido CCiv. Com. 2ª. Nom. CORDOBA 13/5/02 en DT 2002-B, pag. 2171, Cam.Lab. ROSARIO, Sala 1ª. 15/3/2005 en “Dellamaggiore V. c/ Interam SRL”, Expte. No. 136.2003, Lexis Nexis Sumarios No. 1/70017250-1, CNCom. Sala A, 27/4/2006 en DJ 2006-3, pag. 75 y CNTrab, Sala I, 29/3/2006 en DT 2006-B, 1319. La Corte Nacional resalto el carácter excepcional de la responsabilidad solidaria en materia societaria, sino que sostuvo que la sociedad anónima es una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los motores relevantes de la economía.

<sup>6</sup>.- MUGUILLO, Roberto A, en “VerbaeJustitiae”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. De Morón, Año VI, No. 11, pag. 25 y ss. Ver también ponencia del autor del 14/5/99 al XXIV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Pcia. de Bs.As. (Lomas de Zamora) Libro de ponencias, pag. 195 y ss.

ción de la personalidad, ante la sola existencia de ciertos ilícitos laborales como el pago en negro o la no registración de obreros o empleados <sup>(7)</sup> no atendiendo a que la sociedad era un ente normalmente operativo y no una ficción sin contenido. Más allá de la crítica expuesta, pues en tales supuestos era claro que no se había creado la forma societaria para la realización de tales o actos o utilizado la figura social para defraudar a terceros <sup>(8)</sup>, nos encontramos que esa misma postura doctrinaria se extiende a ciertos ilícitos propios de contratos de consumo.

## EL FALLO JUJEÑO

Así las cosas, en el grupo de *chat* de estos Encuentros se distribuyó hace algo más de un mes, un comentario sobre un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala I, de San Salvador de Jujuy <sup>(9)</sup> en donde, hasta con erróneas citas del comentarista se sigue insistiendo en hacer de la inoponibilidad de la personalidad jurídica una sanción genérica y amplia, confundiendo la antijuridicidad que plantea la figura del Art. 144 C.C.C.N. y superponiéndola con la ilicitud del acto que viola principios propios de un contrato de consumo.

No solo el fallo condena nada más que a la sociedad y al socio gerente, sino que en el proceso no se demandó ni cuestionó a ningún socio integrante de la figura societaria (salvo su gerente codemandado). Sin ningún encadenamiento lógico jurídico en la sentencia se llega, por simple afirmación del preopinante, que debe condenarse a la sociedad junto al socio gerente por violación del Art. 144 C.C.C.N. confundiendo la antijuridicidad que plantea y sanciona esa norma con la que plantea la Ley 24240. Se nota un claro olvido de las normas de directa y mejor aplicación como los Arts. 159 C.C.C.N., o los arts. 59 y 274 L.G.S.

7.- CNTrab. Sala III, 10/4/97 en "Delgadillo Linares A. c/ Shatell SA", Causa 14666/93 y voto del Dr. Guibourg. Idem CNTrab, Sala III, 19/2/98 en "DuquelsyS.c/Fuar SA ", TySS 99, pag. 675, voto de la Dra. Porta. En el primero ver criterio de la automaticidad de aplicación en el Dictamen del Dr. Alvarez Fiscal de Cámara. En contra de esta posición CNTrab. Sala VI, 8/11/02 en DT 2003-A, pag. 684, idem 7/3/03 en LL fallo No. 105.996, idem ST JUJUY 18/4/01 en LL NOA 2001 pag. 554 con nota de Daniel MOEREMANS y Cciv.Com.2da. Nom. CORDOBA, 13/5/02 en DT 2002-B, pag. 2171.

8.- Debe sancionarse con la inoponibilidad la utilización ilegal de la personalidad jurídica de la sociedad y no la ilegalidad de los actos realizados por los órganos de esta. Es que los pagos en negro o la indebida registración no bastan para corroborar que la creación de la sociedad haya sido como un recurso para violar la ley o abusar del derecho de terceros, debiéndose demostrar un uso indebido de la sociedad, tal como expresara la CNCom. Sala A, 27/4/2006, DJ 2006-3, pag. 75, fallo 3456-S.

9.- MARTORELL Ernesto, "Corrimiento del Velo Societario y Derecho del Consumidor", en plataforma de Abogados.com.ar del día 2 de marzo 2023, sin adjuntarse el texto del fallo

Y la misma confusión que tiene el fallo, se advierte en el propio comentarista con su cita del caso “*Duquelsy S. c/ Fuar S.A.*” y la de su anotador R.A. Nissen <sup>(10)</sup> al aplaudir este la aplicación en tal fallo de la teoría de la inoponibilidad, sin advertir ninguno de ellos, que en dicho fallo *no se aplicó dicha teoría*, sino la clara responsabilidad de la administradora en función de los Arts. 59 y 274 LGS, *no el Art. 54 tercer párrafo*. Es de resaltar la ligereza y el grave error de lectura y análisis de este fallo laboral citado, pues expresamente la Juez Dra. Porta expresó que no le resultaba aplicable el Art. 54 de la ley 19550, ya que no se llegó a probar la calidad de socia de la accionada, pero en su carácter de presidente del directorio y en virtud de lo dispuesto por el Art. 274 (y Art. 59 LGS) respondía ilimitada y solidariamente.

Llama la atención que en la línea argumental que sostenemos varios Tribunales Superiores han fijado doctrina. Así la Corte Suprema de Justicia de Tucumán <sup>(11)</sup> sostiene que la personalidad jurídica de las sociedades no debe ser desestimada sino sólo cuando se dan circunstancias excepcionales, y por lo tanto la determinación de los supuestos en los que procede la extensión de la responsabilidad a los socios es de interpretación restrictiva, ya que de lo contrario se dejaría sin efecto el sistema legal que dimana de los arts. 2 de la ley 19.550 y 33 y 39 del Código Civil; agregando, para mayor claridad, que para que sea posible la extensión de responsabilidad a los socios, resulta necesario que se verifique una utilización ilegal de la personalidad jurídica de la sociedad, *no bastando que se verifique la ilegalidad de actos aislados realizados por ésta*.

No solo lo expresado nos lleva a resaltar el error del fallo de Jujuy (en donde no se probó la existencia de otros socios involucrados, ni tampoco se los demandó), sino resaltar además la ligereza con que se leen las sentencias y se comentan equivocadamente, como también insistir en la necesidad de saber definir adecuadamente *donde se encuentra el acto antijurídico base de la sanción*, pues en el caso en comentario solo se prueba la violación al derecho de consumidor y no el uso indebido de la figura societaria.

## PONENCIA:

Por lo expuesto, en tal sentido -específicamente en cuanto a la aplicación de

---

<sup>10</sup>.- Ver fallo citado y comentario en L.L. 1999-B, pag. 1 y ss.

<sup>11</sup>.- C.S.J.Tucuman, 27/4/2010, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, en autos “Ochoa, Atilio y otro v. All Music SRL y otros”

la desestimación de la personalidad jurídica- postulamos como sostiene la Corte Suprema de Justicia no solo la **aplicación restrictiva** de estas normas (Arts. 54 tercer párrafo LGS y Art. 144 C.C.C.N.), sino la necesidad de no confundir el objeto de la regulación del Código y la LGS con la antijuridicidad emergente de la violación a derechos del consumidor que se quiere sancionar.

Como sólidamente han expresado GARRIDO CORDOBERA, ALFERILLO y BORDA <sup>(12)</sup>, la norma del Art. 144 C.C.C.N. impone entender que ...”*los incumplimientos de las obligaciones legales (laborales o de consumidores) que no tengan **origen en el uso indebido de la personalidad jurídica**, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la figura...*”

---

<sup>12</sup>.- GARRIDO CORDOBERA-ALFERILLO-BORDA “Código Civil Y Comercial Comentado, Concordado y Anotado”, Ed. Astrea, To. I, pag. 177 No. 2.

## **“CONFLICTOS SOCIETARIOS Y EMOCIONALES TRAS LA MUERTE DE UN ACCIONISTA Y/O DIRECTOR DE S.A.”**

**Dra. Amalia Fensore**

Colegio de Abogados de San Martín

---

### **PONENCIA**

**Producida la muerte de un accionista y/o director de una sociedad anónima, se producen una serie de conflictos societarios y emocionales que pueden provocar serios daños a la empresa si son mal manejados.**

**Por eso creo oportuno que al planificar la empresa, se tenga presente los pactos sobre acciones, los pactos de herencia futura, los protocolos de familia y las convenciones para societarias, la transferencia de las participaciones societarias y la donación de acciones, entre otras acciones, que en la actualidad son fundamentales para evitar o amortiguar los problemas al querer reemplazar a la persona fallecida, que la empresa pueda continuar, evitando problemas emocionales entre accionistas y los posibles herederos.**

---

### **INTRODUCCIÓN**

Producida la muerte de un accionista y/o director de una sociedad anónima, se producen una serie de conflictos societarios y emocionales que es importante tener presente. En la Sociedad Anónima, la regla general que rige es el principio de la libre transmisibilidad de las acciones, razón por la cual, al fallecer un socio, sus herederos se incorporan a la sociedad como accionistas.

En este caso, conocido el deceso, se debería esperar al inicio del juicio sucesorio para conocer quiénes realmente son los herederos declarados, ya que aquellos presuntos pueden realmente no serlos o serlos en proporciones diferentes a las presumidas por múltiples razones como ser la aparición de un hijo hasta ese momento no conocido, la presencia de un testamento en el que el causante haga uso de su porción disponible en el caso de herederos forzosos y en el caso de herederos no forzosos, disponga de sus bienes a favor de cualquier otro tercero.

Por este motivo, el solo fallecimiento no implica el pase automático de derechos del causante a sus presuntos herederos, sino requiere el juicio mencionado *ut- supra* y en el transcurso del mismo y hasta que se produce la declaración y división de bienes, con la asignación concreta de las acciones a favor de determinadas personas, a nivel operativo y para lograr la continuidad de la empresa, podrá surgir la figura del administrador de la sucesión, quien tome las medidas de administración del acervo hereditario.

A su vez, la Ley General de Sociedades establece que “los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en esta ley” y que en las SA “el estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones”, ante el fallecimiento de un socio, debiendo abonar a los herederos el valor real de las acciones que tenía el socio fallecido.

Los motivos responden a la importancia que los socios dan a la persona de los demás socios, lo que los lleva a concluir que ellos quieren ser socios de la persona que eligieron como tal, no de sus hijos, cónyuge u otros herederos, ya que se trata de empresas conformadas por personas que se conocen y tienen relación entre sí y que han decidido constituir una sociedad para llevar adelante su negocio.

La legislación rige el principio general de la “autonomía de la voluntad de las partes”, es decir, el principio de que las partes son libres de pactar el contenido de las cláusulas que regirán sus relaciones, siempre y cuando se respeten las normas imperativas y no se afecte el orden público.

Es por eso que, al momento de constituir una sociedad, los socios pueden pactar una cláusula que expresamente disponga la incorporación o no de herederos y, en este último caso, el procedimiento para liquidar su parte, teniendo en cuenta ciertas cuestiones que ordena la Ley, como la imposibilidad de prohibir la transmisibilidad de acciones y la necesidad de tomar en cuenta siempre el valor real de la participación societaria (acciones o cuotas sociales).

Por último, hay que tener en claro que estamos hablando del supuesto de la muerte del accionista y /o director en las SA y no debemos confundirnos con la muerte del socio en otros tipos societarios (sociedades colectivas, comandita simple, de capital e industria y en participación), ya que en el resto de estos tipos societarios cuando no se pactó lo contrario en sus estatutos respectivos, la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato en la sociedad, mientras que en la sociedad anónima, ante la falta de limitación contractual, el heredero declarado ingresa de manera inmediata como accionista sin resolución parcial alguna.

## FALLECIMIENTO DEL ACCIONISTA

Ante la muerte de un accionista hay que analizar en principio como está compuesto el directorio de la empresa y si el accionista es o no director de la sociedad ya que la situación no es la misma en cada uno de los casos.

Por un lado, tenemos el siguiente supuesto de que el accionista fallecido era también director y aquí nos encontramos con dos supuestos:

**a) Directorio unipersonal y un director suplente (requisito es obligatorio cuando no hay sindicatura- art.258-LGS):** En este supuesto, el director suplente debe constituirse en la sede social y labrar un acta de directorio explicando lo acontecido y asumir como presidente hasta que por asamblea se resuelva como seguir. Ahora bien, la sociedad se ha quedado con un presidente que fue reemplazado por el director suplente y a su vez con la ausencia de ese director suplente designado en aquélla oportunidad con lo cual le estaría faltando a la empresa ese director suplente que deberá ser reemplazada a la brevedad.

**b) Directorio plural:** Si ante la muerte del accionista y director, tenemos la cantidad suficiente de directores titulares que hagan posible el quórum según Estatuto, se podrá sesionar y resolver y no habrá cambio alguno en relación al funcionamiento que venía teniendo el directorio. Es así que se reúnen todos los directores en la sede social (titulares y suplentes) y asumirán los nuevos cargos en el orden que hayan sido electos en su oportunidad.

No obstante, puede suceder por ejemplo que no contemos con directores suplentes, pero si tenemos sindicatura, entonces y salvo que el Estatuto no prevea otra forma de nombramiento, el Síndico debe designar reemplazante hasta la próxima asamblea, de conformidad con lo establecido en el artículo 258 última parte de la LGS.

**c) El accionista fallecido no era director:** el Presidente del Directorio o quien lo reemplace, debería convocar lo más rápido posible a una reunión de directorio y, conforme el art.2280 del CCCN, en su primer párrafo, los herederos del causante continúan en sus derechos y acciones de manera indivisa para convocarlos a los fines de que unifiquen personería para ejercer el derecho de voto en las asambleas hasta tanto se dicte la declaratoria herederos, que consignará los nuevos accionistas y sus porcentajes de participación.

Si no se logra unificar personería entre los herederos forzosos, hay que celebrar una asamblea la cual claramente no será unánime y habrá que publicar edictos conforme art. 237 de la LGS.

Un caso extremo podría darse con el fallecimiento de todos los directores de una SA en un accidente grupal y que no existan directores suplentes, y uno se preguntaría como se soluciona esta ausencia; Una de las respuestas sería que se le encomiando por ejemplo a la sindicatura la designación de los llamados a cubrir vacantes. Sino se contará con el órgano de fiscalización – sindicatura, aquí se sometería a intervención judicial.

## CONFLICTOS EMERGENTES

Hasta aquí expuesto, se narran los procesos operativos para reemplazar a la persona fallecida de acuerdo a si era o no director o solo accionista, y en cada caso que medidas tomar para que la empresa puede continuar; sin embargo, con esta serie de acciones, emergen problemas emocionales entre accionistas y los posibles herederos, que mal manejados, ponen en riesgo la continuidad de la empresa, a saber:

a) Problemas de valuación de activos de la sociedad. Diferencias de criterio de valuación de la porción accionaria del socio fallecido. Diferencias con los herederos. Judicialización del tema si no se llega a un acuerdo.

b) Problemas de quiénes se incorporarán como herederos si unifican o no personería jurídica o sea si habrá o no condominio de acciones. Problemas de que los herederos incorporados decidan que sus acciones estarán sujetas a un régimen de indivisión forzosa.

c) Los herederos tienen problemas previos entre si y trasladan los mismos a la nueva empresa en donde tienen participación, ralentizando o entorpeciendo la correcta gestión en la nueva empresa.

d) Los nuevos accionistas estudian la documentación societaria y los libros sociales y ante falencias detectadas, inician la judicialización de la gestión por años anteriores o presentes.

e) Problemas emocionales insalvables entre los herederos dando lugar al cierre definitivo de la empresa.

f) Dificultad de llegar al quorum en el corto plazo en asamblea ya que el accionista fallecido tenía mayoría de acciones. Problemas para presentar estados contables aprobados a autoridades de control y entidades bancarias.

g) Problemas de financiación de la empresa paralizada frente la muerte del ac-

cionista y /o director quién era el único que aportaba y, en dónde realizaba los aportes con el fin de mantener la empresa en marcha.

h) Problemas ante la aparición de otros herederos y otras sorpresas como ser un testamento a un tercero no previsto, pero que aparece en la empresa y toma decisiones contrarias al rumbo en que venía tomando decisiones el causante en la empresa.

i) Nuevos accionistas que no tienen interés en participar en la empresa y solo desean la venta de su porción accionaria, permitiendo el ingreso de terceros, totalmente ajenos al círculo de accionistas.

## **CONCLUSIÓN:**

De lo antes expuesto se ven la serie de problemas técnico-societarios y emocionales que aparecen con la muerte de un accionista, que mal manejados pueden poner en riesgo la vida de la empresa o ralentizar sus operaciones.

Es vital pensar en todo tipo de herramientas a la hora de tocar este tema para evitar lo antes expuesto: pactos sobre acciones, los pactos de herencia futura, los protocolos de familia y las convenciones para societarias, la transferencia de las participaciones societarias y la donación de acciones, son algunas herramientas, pero cada caso exige una solución a medida.

Tampoco hay que descartar los aspectos emocionales que traen los nuevos accionistas y que se proyectan en la nueva empresa, entorpeciendo súbitamente su gestión, lo que requerirá de especialista que permitan destrabar estos temas para permitir volver a operar a la empresa.

## **CONTROL DE LEGALIDAD SUSTANCIAL EN AUMENTOS DE CAPITAL CON EMISIÓN CON PRIMA**

**Dra. Adriana Beatriz Blanco**

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

---

### **PONENCIA**

**El control de legalidad sobre los actos que registra el Registro Público es tanto en el aspecto formal como en el sustancial, lo cual requiere analizar el marco de legalidad de conformidad con la norma de interpretación prevista en el art. 2 del CCCN, teniendo en cuenta no solo la palabra de la ley sino sus finalidades y los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.**

---

### **DESARROLLO**

La presente ponencia surge como una inquietud frente a una sentencia de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata, en autos “CHAÑARES ALTOS S.A. C/DIRECCION DE PERSONAS JURIDICAS” de fecha 13 de abril de 2021.

Si bien justo es reconocer que el caso tiene ribetes extraños, considero que es un interesante disparador para reflexionar sobre varias cuestiones relativas al capital social, prima de emisión y facultades de la DPPJ al respecto.

En apretada síntesis, la sociedad CHAÑARES ALTOS SA, integrada por solo dos accionistas (sociedades extranjeras) solicita la inscripción simultánea de 10 aumentos de capital, efectuados entre los años 2014 a 2020, la mayoría de ellos (8) aumentando el capital en \$ 2 con primas de emisión de entre \$800.000 a \$ 99.000.000.

La resolución definitiva dictada por la D.P.P.J. fue el rechazo de la inscripción peticionada en base a varias razones, entre las que se destaca que concluye que las decisiones de los aumentos tenían como efecto excluir a la sociedad de encuadrarse

dentro de la fiscalización estatal permanente prevista en el art. 299 LGS, aunque con el cambio de normativa en 2018 elevando el monto a \$ 50.000.000 el efecto quedaba diluido. Pero además que no se observaban razones que justificaran los aumentos de capital tan exigüos, sin ingreso de nuevos socios y que la reserva generada fue utilizada para absorber pérdidas acumuladas durante los períodos 2015 a 2018.

Apelada la resolución se agravia la sociedad considerando un exceso de las facultades de fiscalización y control de legalidad de la DPPJ, porque constituiría un control de mérito del acto que escapa a su competencia, además sostiene que las decisiones sobre los aumentos de capital fueron unánimes y suscriptas por los dos únicos accionistas, a quienes les asiste el derecho de disponer libremente de sus derechos patrimoniales, siendo la emisión reconocida por el art. 202 LGS, es decir una cuestión patrimonial disponible y que el aumento de capital es beneficioso para la sociedad. Asimismo reconoce que una parte sustancial de los montos de la prima fueron destinados a la absorción de pérdidas en beneficio del interés social y de los acreedores, siendo una materia ajena a la competencia de la DPPJ, entre otras cuestiones y agravios sostenidos.

La sentencia de la Cámara de La Plata, si bien reconoce que el control de legalidad de la DPPJ resulta amplio, sus facultades encuentran como límite la razonabilidad. Y sostiene que no se encuentran motivos válidos para la denegatoria resuelta. Dice: “No se observa violación de los derechos de algún accionista, ni de terceros (los planteos judiciales que se han dado en torno a la prima de emisión han tenido como piso de marcha la afectación de derechos de otros accionistas, situación que no se da en el caso de autos)”.

Dice también la Sala: “Con relación al efecto que el aumento ínfimo de dos (2) pesos tiene como efecto excluir a la entidad de la fiscalización prevista en el art. 299 de la Ley de sociedades, cabe agregar que no se observa que dicho monto ínfimo importe un supuesto de abuso, sin causa o simulado, máxime cuando pudieron ser a la par, por lo que la denegatoria constituye un exceso. Tampoco se puede aludir a la finalidad de la prima para equiparar la situación de los nuevos socios con la posición de los antiguos accionistas ya que no hay nuevos accionistas. A mayor abundamiento destaco que el interés jurídico tutelado por el instituto de la prima de emisión no ha sido siquiera rozado por el aumento de capital aquí examinado, puesto que los suscriptores han sido los antiguos accionistas por partes iguales y la finalidad de cubrir parte de las pérdidas no afecta norma de orden público alguna”.

No coincido con la mirada de la Cámara. A todas luces, los irrisorios aumentos

no tuvieron por finalidad utilizar la prima de emisión conforme su verdadera finalidad. La jurisprudencia así se ha pronunciado al establecer que la prima en la emisión de acciones es un importe determinado, consistente en un precio adicional (sobreprecio) al del valor nominal de cada nueva acción que una sociedad -a través de su órgano competente o de un sistema “ad hoc”- resuelve imponer a las acciones emitidas como consecuencia de un aumento de capital social. Su finalidad consiste en la protección del valor patrimonial de la participación del accionista, buscando su invariabilidad con respecto al valor que esta tenía antes del aumento del capital.<sup>1</sup>

Los montos de los aumentos y las primas y la forma que posteriormente fueron utilizadas nos demuestran que la prima fue utilizada con propósitos diversos de la protección de los accionistas antiguos frente a la incorporación de los nuevos. Es cierto que no podemos saber cuál fue la verdadera finalidad de estos aumentos con prima: si para evadir ingresar como sociedad incluida en el art. 299 LGS, o fusionarse con otra entidad y lograr mejorar el valor de las acciones, o mostrar un estado contable con una reserva por prima de emisión que mejorara sus pérdidas. Tampoco surge de las piezas que pudimos cotejar, cómo la sociedad absorbió la reserva para compensar las pérdidas.

Tampoco la solución de la DPPJ de no inscribir los aumentos, es una solución práctica, dado que implica que la sociedad rectifique los aumentos con una nueva asamblea, ya sea aumentando el capital a montos más razonables, lo que igualmente implica rectificar los Estados Contables desde 2014 hasta la actualidad.

El control de legalidad sustancial implica tanto analizar si formalmente se ha cumplido la normativa, como también analizar la finalidad de la norma y de toda la normativa societaria. No sólo no debe hacerse afectado el derecho de los restantes accionistas, sino que tampoco puede afectarse normas como el principio de veracidad de la información que exhibe la sociedad, mediante Estados Contables que no resultan veraces.

---

<sup>1</sup> “Gutiérrez, Enedina y otros c/Neumáticos Gutiérrez SA y otros s/ordinario CNCom. - Sala A -16/10/2012 - Cita digital ERREPAR EOLJU164792A , Álvarez Millet, Julieta DISTRIBUCIÓN DE LA PRIMA DE EMISIÓN: REQUISITOS PARA LATRAMITACIÓN EN LA IGJ ERREPAR FEBRERO 2023

## EMBARGO DE ACCIONES EN LAS S.A.S

**Dr. Bruno O. Santi Taccari**

Colegio de Abogados de Azul (CAA)

---

### PONENCIA

**Las acciones de las SAS resultan embargables y ejecutables por el acreedor del socio.**

---

#### I.- FUNDAMENTOS:

La ley 27349 <sup>1</sup> que crea y regula al tipo social de las sociedades por acciones simplificadas no refiere expresamente a este supuesto.- Aunque en el último párrafo del artículo 33 establece: **“.....Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley.”**

Ello nos obliga a desentrañar primero la naturaleza jurídica de este nuevo tipo social, y segundo, las normas supletorias que le resultan aplicables para este caso, pues no existe en la ley especial para las SAS norma que prevea el caso de embargo y ejecución por acreedor del socio de las acciones de las SAS como por ejemplo existen en los tipos SRL (art 153 últ. párrafo y 156 de la LGS) y en el art 219 para el caso de las SA.

No cabe duda que la SAS es un tipo social que combina elementos de ambos tipos sociales (SA y SRL).- Por ello se ha mencionado que su naturaleza es un híbrido, y que predominan las notas de una sociedad de capital.

Sobre el punto me remito a un meduloso artículo del Dr. Rafael Barreiro<sup>2</sup> en el

---

<sup>1</sup>Publicada en el Boletín Oficial del 12-abr-2017

<sup>2</sup> UN NUEVO TIPO SOCIETARIO: LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. Apuntes acerca de su naturaleza jurídica y las dificultades interpretativas que plantea. Por Rafael F. Barreiro.- Revista Jurídica Electrónica Facultad Nacional de Derecho de Lomas de Zamora. Año1 . N° 4

que al referirse al tema, transcribe: “... Vítolo señala que la SAS es un nuevo tipo societario el cual ha sido estructurado tomando en cuenta -básicamente- el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada —el que actúa como normativa residual y supletoria en todo aquello no establecido en la ley o el instrumento constitutivo de la SAS— aunque su capital se divide en “... partes alícuotas...” denominadas “... acciones...” Todo un contrasentido. Es decir que estamos frente a un nuevo tipo social, de carácter híbrido que combina elementos de las sociedades por cuotas sociales y de las sociedades por acciones conformando un tipo más de las denominadas sociedades de capital, caracterizadas por el hecho de que, bajo dichos tipos, el o los socios que forman parte de la sociedad —en este caso como accionistas— responden —en principio— en forma limitada sólo por la integración del capital suscrito.

Es una característica de las sociedades de capital la posibilidad de que las acciones y/o cuotas sociales puedan ser embargadas y ejecutadas judicialmente por los acreedores de los socios, y/o de integrar el activo falencial, (art 57 segundo párrafo LGS), siendo aplicable ello también a las SAS.

Corresponde analizar cuáles serían las normas supletorias que le resultarían aplicables a las SAS.

Entendemos que al caso deben aplicarse supletoriamente las normas de las SRL que resultan más claras en cuanto al procedimiento de su ejecución, sobre todo si en el acto constitutivo se hubiera pactado alguna cláusula de limitación a la transmisibilidad de las acciones (art 48).- Esto ya lo había advertido Ricardo A Nissen<sup>3</sup>.

En cuanto al embargo judicial, luego de que el mismo sea ordenado, el acreedor deberá notificárselo al administrador en la sede social (art 36 inc 3), para que este y/o el representante de la sociedad, lo inscriba en el Libro de Registro de Acciones (art 58 inc b). Será fundamental que en el duplicado del oficio, el administrador consigne la hora del acto de la notificación.

## II.- CONCLUSIÓN:

1. Las acciones de las SAS son embargables y ejecutables por el acreedor del socio.

---

<sup>3</sup>Ley de Sociedades Comerciales, Editabaco, com art 219 pag 270 y 271.-

2. Para su ejecución se aplican las normas de la SRL.
3. El embargo judicial se notifica al administrador y/o representante en la sede social (art 36 inc 3), para que este y/o el representante de la sociedad, lo inscriba en el Libro de Registro de Acciones (art 58 inc b).-
4. Será fundamental que en el duplicado del oficio, el administrador consigne la hora del acto de la notificación.

## **INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA ART. 54 DE LA LEY DE SOCIEDADES.**

**Dra. Estela Alicia Marmonti**

Colegio de Abogados de La Plata

---

### **PONENCIA**

#### **Promover la integración de la ética en las organizaciones empresariales.**

---

El 9 de Noviembre en 2017 en los autos caratulados CALCOPIETRO, JULIO CESAR C. WORKTANK S. A Y otro s. DESPIDO DIJO considero oportuno recordar que la norma impone a los administradores y representantes de la sociedad que deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. El tercer párrafo del art 54 de la ley de sociedades hace mención expresa a la inoponibilidad de la persona jurídica y se refiere a las actuaciones de la sociedad que persigan fines extra societarios.

La desestimación de la personalidad societaria debe ser cuidadosamente utilizada deben evitarse las generalizaciones.

Para poder probar que la actuación de la sociedad encubriendo la consecución de fines extra societarios ocasiono como resultado actos que afectaron el orden público o causaron perjuicios a terceros se exige la existencia de pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales ya que afectara nada menos que a la personalidad jurídica ,la teoría en materia laboral del descorrimiento del velo resulta aplicable en materia laboral cuando se trata de remediar una situación de fraude a los derechos de los trabajadores. El artículo 54 de la L.S.C toma inoponible la forma societaria respecto a actos que frustran derechos de terceros.

En el caso particular la retención indebida de aportes torna responsables a las personas físicas demandadas no solo por los perjuicios causados al trabajador sino también a los ORGANISMOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. corresponde imponer la responsabilidad a los directores, gerentes o al responsable legal siendo susceptible de generar responsabilidad penal.

Sin embargo en la causa R.E.L C ZIRMA S.A S DESPIDO no hizo lugar al reclamo respecto de las acciones dirigidas contra los demandados toda vez que no encontró sustento de hecho ni de derecho para condenar a las personas físicas .

La sala V de la CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO confirmó que no se han acreditado la responsabilidad de las personas físicas demandadas, con lo cual no hizo lugar a la pretensión de la actora.

Con esta introducción al tema quiero significar que está bien en el caso de extralimitación por parte de los DIRECTORES, GERENTES, ADMINISTRADORES O BIEN LAS PERSONAS A CARGO DE LA EMPRESA que cometieren actos extra societarios que perjudiquen a los demás socios, a terceros o a los ORGANISMOS DEL ESTADO corresponde ponerles un límite a su accionar. De allí la importancia de la sanción de la ley penal tributaria 27.401. y es así como de un mero apercibimiento a la imposición de multas, la falta de habilitación hasta la más severa que es la quita de la PERSONERIA JURIDICA. En el mundo desde la UNION EUROPEA, COMO TAMBIEN EN ESTADOS UNIDOS INGLATERRA CHINA Y LOS OTROS INTEGRANTES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL surge la necesidad de frenar la delincuencia económica y empresarial.

Esta responsabilidad también se encuentra delimitada por tener con el fiscal del caso un acuerdo de colaboración eficaz brindando la debida información que permita seguir con la investigación, entregando para su subasta los bienes mal habidos, realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado.

DEBE la empresa adoptar un código COMPLIANCE, cumplimiento normativo de elaboración de principios éticos para detectar tempranamente riesgos normativos.

Tal es la magnitud de los problemas que puedan surgir opera el COMPLIANCE OFFICER, que se ocupa de crear un CODIGO DE CONDUCTA y también informar a los ORGANISMOS DE CONTRALOR cuando se trata de DELITOS DE LAVADO DE DINERO, NARCOTRAFICO TRATA DE PERSONAS U OTROS DELITOS.

Su objetivo es defender la practica ética y las normas de cumplimiento en las organizaciones.

En otro orden el segundo fallo integrado en la INTRODUCCION destaca la importancia de la aplicación de la TEORIA DEL DESCORRIMIENTO DEL VELO, LA PENETRACION A LOS HECHOS ACAECIDOS y hacer lugar a la expresión de agravios presentada por la EMPRESA DEMANDADA, dándoles la razón y revocando el fallo condenatorio de primera instancia por no encontrar ningún motivo para que este prospere. En este sentido se debe señalar la importancia de llegar al nudo de la cuestión.

Recordemos que la actividad económica que absorbe la empresa para desarrollar su finalidad para la que fue creada es de gran importancia para el desarrollo económico del país por lo que debe ser respetada en su integridad y permitirle dentro del marco normativo adecuado como hemos señalado desarrollarse, no todas cometen ilícitos. Y en el caso señalado fue mal demandada por lo que hay que salir a su rescate

En la causa R.E.L C. ZIRMA S.A y otros s Despido, el sentenciante de grado hizo lugar a la demanda en tanto fue interpuesta contra ZIRMA S.A y la rechazo respecto de las acciones dirigidas contra los demandados J.A.C.M.G.M toda vez que no encontró sustento factico ni normativo para condenarlos .

Los camaristas dijeron que no se ha invocado ni acreditado que la sociedad demandada haya incurrido en un ilícito contractual como conducta fraudulenta o evasora y por ello no corresponde la condena solidaria en las personas demandadas.

A modo de conclusión y del análisis precedente es promover la integración de la ética en las organizaciones empresariales.

### **Bibliografía.**

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIALES. RESPONSABILIDAD DE REPRESENTANTES LEGALES. EDITORIAL LEGIS.

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 19.550. ART. 54.

ADMINISTRACION FINANCIERA JAMES C. VAN HORNE.

LEY PENAL TRIBUTARIA 27.401.

FALLOS R.E.L C. ZIRMA Y otros s DESPIDO .CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO SAL V EXPEDIENTE C.N.T 60346-2014 CAI

ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION QUE PRESCRIBEN EL DESCORIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO LEY 19550 Y 22903.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ART. 144 Y 160. C.C.C N.

## LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN SOCIETARIO EN MATERIA PENAL TRIBUTARIA

**Dra. Jimena Fioriti**

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón

---

### I.- PONENCIA

**La ley general de sociedades (L.G.S.) alude a la responsabilidad de los administradores o representantes frente al ente y los terceros; no obstante, el cargo que desempeñan trae aparejada su responsabilidad en la esfera penal tributaria, ya sea por acción u omisión, aunque la conducta haya sido desplegada por otro.**

---

### II.- DESARROLLO DEL TEMA

Desde la óptica del derecho penal, delimitar la responsabilidad del sujeto que, en algunas ocasiones de manera sorpresiva o en otras conociendo lo que vendrá, se somete al proceso con motivo de su intervención en una estructura empresarial organizada, no resulta una tarea sencilla, máxime cuando muchas de las situaciones que se suceden en el campo empresarial, se encuentran atravesadas por un complejo universo normativo que tiende a dotar de regulación a cada una de ellas.

Así, nos encontramos con que el responsable de la administración societaria y quienes de él dependen desarrollan actos que en su conjunto son alcanzados -entre otros ordenamientos- por el régimen penal tributario -en adelante RPT- (Ley N° 27.430), por la ley general de sociedades (N° 19.550), por la ley de procedimiento fiscal (N° 11.683), por el Código Penal y también, dependiendo el caso, por la ley de responsabilidad penal empresaria (N° 27.401).

Dicha situación complejiza la labor de quien debe delinear la imputación que se le dirige al sujeto de que se trate, como así también la de aquél que se encuentra a cargo de ensayar estrategias de defensa en ese sentido.

Ahora bien, en primer término y tal como se anticipara al inicio, la L.G.S en sus artículos 58 y 59, alude a la responsabilidad de los administradores o representantes,

confiriéndoles a éstos poder de obligar a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, al tiempo que les impone el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios; siendo que, para el caso de proceder en sentido contrario a ello, deberán responder en forma solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios que pudieran ocasionar. Todo esto, más allá de lo que en particular establece el Código Civil (arts. 159 y 160) y lo que se estipula para cada uno de los tipos societarios en especial.

En este contexto, cuando el sujeto que, a cargo de la administración de la sociedad, debe responder por las conductas cometidas y reprimidas por el régimen penal tributario, no puede soslayarse que nuestro Código Penal describe separadamente la intervención de múltiples sujetos en un hecho punible.

Así, sabemos que el *autor* es la figura central del hecho, tiene dominio sobre el mismo y su proceder trasciende los meros pensamientos o conductas privadas que no afecten a otras personas (CN, Art. 19). Los *partícipes* –sea primarios/necesarios o secundarios-, realizan aportes imprescindibles o casuales que sirven para la concreción del resultado; pero su determinación en tal o cual carácter deberá analizarse conforme a su obrar previo al hecho y teniendo en cuenta el plan del autor. Éstos serán penados siempre que el autor haya iniciado la ejecución de una acción u omisión –por ejemplo, evasión o retención de aportes y contribuciones a la seguridad social-.

Ahora bien, en lo particular, el régimen penal tributario (RPT) exige además que el autor de la conducta penada revista un carácter especial. Para ello, utiliza términos como “*el obligado*”, “*el agente de retención y/o percepción*”, “*el empleador*”, con lo cual, autor, en principio no puede ser cualquiera. Es más, el RPT solo se refiere a él, sin distinguir si se trata del obligado por deuda propia o ajena, por lo que es factible pensar que se está refiriendo a ambos, definidos en los artículos 5° y 6° de la Ley 11.683.

**El problema entonces radica cuando quien comete la conducta punible no reviste esa calidad de sujeto especial.**

Por ejemplo, que el no pago de aportes y contribuciones de los dependientes de la sociedad-constitutivo del delito previsto en el art. 7° del RPT- responda a la decisión de un sujeto que no se encuentra a cargo del órgano de administración.

Para ello, en principio, el artículo 13 del RPT<sup>i</sup>, extiende esa cualidad especial propia de la persona jurídica –obligado, empleador, agente de retención, etc.-, a quien actúe por ella o en su beneficio, siempre que hayan intervenido en el hecho.

Lo señalado “per se” no resuelve el interrogante. Existen varias teorías aplica-

bles a los casos previstos en la ley penal tributaria para delimitar la autoría, pero tomando aquella denominada como “infracción de deber”, debemos saber que aquí el autor, será quien tenga un rol que le impone actuar de determinada manera e infringe ese deber específico.

La afirmación anterior parece sencilla, pero no puede desconocerse que en el ámbito empresarial intervienen muchas personas que detentan cargos y jerarquías diferentes, algunos con facultades restringidas y otras amplias. Podría darse el caso de un agente involucrado en la carga de datos contables que incluyan gastos apócrifos, que lo hace en cumplimiento de su labor y respondiendo a sus superiores, desconociendo las consecuencias y sin beneficiarse de ellas.

Para resolver tal situación, es necesario empezar por reconocer que, por imperio de la aludida normativa, en consonancia con lo dispuesto en tal sentido -por ejemplo, por la ley general de sociedades-, las personas con más altas jerarquías tienen mayores responsabilidades en general, pero en muchos casos, estas personas están distantes de la toma de decisiones. No obstante, la ajenidad que podría alegarse en esos supuestos no podrá ser considerada cuando existen obligaciones legales que resultan indelegables (ya sea por imperio de la ley o por los reglamentos internos que tengan las sociedades).

En definitiva, para poder atribuir responsabilidad a los sujetos enunciados en el artículo 13 del RPT, deberá:

- 1.- Determinarse cuál es el ámbito de competencia de cada uno de ellos y;
- 2.- Verificarse si su obrar se ajustó a lo debido.

En todo momento, el análisis deberá ser efectuado considerando la organización en su conjunto y no a cada sujeto en forma aislada del contexto en el que se desempeña.

Superado dicho análisis y en el supuesto que el autor de la conducta castigada por el RPT haya actuado dentro del ámbito de su competencia e infringió los deberes asignados, resta analizar la norma, atendiendo a la particularidad que significan algunos de los conceptos allí mencionados.

En efecto, para castigar a la persona humana es condición indispensable que ésta haya actuado *en nombre, con la ayuda o en beneficio* de la persona jurídica por la cual actúa y que se encuentra ligada al deber fiscal infringido.

Tales términos merecen ser caracterizados: “en nombre” es actuar en representación; “con la ayuda” es cuando el hecho se produce sirviéndose o aprovechán-

dose de la estructura; “en beneficio”, es que se haya efectuado en favor de la persona jurídica.

### III.- CONCLUSIÓN

En definitiva, una vez comprobados la totalidad de los extremos hasta aquí reseñados, podremos entonces avanzar sobre la responsabilidad penal del administrador de la sociedad o de la persona que sin revestir dicho carácter haya actuado en su representación, dentro del ámbito de su competencia e infringiendo los deberes asignados.

Al respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia al resolver:«... *Si bien el solo desempeño del cargo no es comprobación suficiente de esa intervención, en el caso no se ha invocado ninguna delegación específica de la atribución representativa y está admitido que el imputado era presidente del directorio de la sociedad anónima, es decir, su único representante legal*» (CNPE con, Sala A, 7/02/2018, «Auvial SA y otros S/ Reg. Penal Tributario» / Reg. 30/2018); «*Corresponde confirmar el procesamiento del imputado... toda vez que por sus atribuciones para operar en las cuentas bancarias de una de las sociedades investigadas, por su condición de empleado en otra y, por ser una persona de confianza de uno de los coimputados que tomaban decisiones e impartían directivas, cabe sospechar que conocía los manejos del grupo económico liderado por éste último, y pudo conocer la operatoria habitual de las sociedades del grupo para las que prestó colaboración...*» (CNPE con, Sala A, 7/03/2018, «Simmermacher, Jorge Augusto y otros S/ Régimen Penal Tributario).

---

*ARTÍCULO 13.- Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.*

## **SOBRE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, A LAS FIGURAS ASOCIATIVAS.**

**Dra. Laura Petruzzello**

Instituto de Derecho Comercial “Ángel M. Mazzetti” del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

*Las opiniones, informaciones y complementos son de exclusiva propiedad y responsabilidad del autor.*

<https://orcid.org/0000-0002-0397-8288>

---

### **PONENCIA**

**¿Podría aplicarse la norma genérica del artículo 54 de la LGS a aquellas figuras asociativas que innegablemente basan su existencia en un principio lucrativo, tales como los convenios de sindicación de acciones, los agrupamientos empresarios, las uniones transitorias y los fideicomisos?**

---

**Sumario:** I. Introducción. II. Cuestiones interpretativas: paralelismo de finalidad empresarial entre las sociedades y el contrato de fideicomiso. III. Conclusiones.

### **I. INTRODUCCIÓN:**

#### **Sindicación de acciones:**

Los contratos parasociales importan convenios entre socios o accionistas, enderezados a acordar la toma de decisiones, fomentándose la uniformidad para gobernar la sociedad. Se encuentran fuera de la estructura societaria y de ellos se desprenden vínculos individuales que asumen los miembros entre sí, frente a terceros también –algo no menor en la cuestión que nos ocupa– frente a la sociedad. Estos acuerdos tendrán incidencia en la posterior resolución que adopte la reunión de socios o la asamblea, influyendo en el ejercicio del derecho a voto y en la formación de la voluntad social. Estos pactos no poseen regulación legal y han sido reconocidos por

la jurisprudencia únicamente en tanto no vulneren normas societarias imperativas. Se trata de convenios inoponibles a la sociedad, toda vez que la misma no puede verse afectada por decisiones que se tomen por fuera de ella: el acuerdo parasocietario pertenece al ámbito contractual. Esto implica que, si un integrante del sindicato de accionistas vota en sentido contrario a lo pactado, su voto será válido frente a la sociedad, sin perjuicio de que responderá frente al resto de los sindicatos por el incumplimiento de las previsiones que contenga el acuerdo que haya suscripto.

### **Contratos asociativos:**

Conforme el artículo 1442 del CCCN, las disposiciones relativas a contratos asociativos se aplican a “todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad”. El principio de la autonomía de la voluntad es el regulador de las relaciones asociativas no societarias. Para lograr discernir si nos encontramos frente a una sociedad –dentro del ámbito del derecho societario– o frente a un contrato asociativo –dentro del mundo contractual– es necesario enfocarnos en la presencia o no de los elementos esenciales de las sociedades. Siendo la sociedad una especie del género del contrato asociativo, no es de extrañar que existan semejanzas entre ellos, si bien no pueden dejarse de lado claras y obvias diferencias. Se identifican como componentes indispensables de las sociedades: la manifestación externa, el patrimonio común, la durabilidad, un fin económico común y un centro de imputación diferenciada. La autonomía patrimonial es un rasgo distintivo de la relación asociativa contractual, en la que las prestaciones se orientan a posibilitar el desarrollo del negocio, pero no se conforma –en principio– un patrimonio diferenciado del de sus miembros. Si bien parte de la doctrina considera que el Código Unificado es claro al respecto cuando determina que estas figuras carecen de personería jurídica, me permito sin embargo adherir al razonamiento abarcativo y no restrictivo que exponen algunos doctrinarios, según el cual, podría aplicarse esta figura de la inoponibilidad a las figuras asociativas que vienen predominando en los últimos tiempos.<sup>1</sup>

## **II. CUESTIONES INTERPRETATIVAS: PARALELISMO DE FINALIDAD EMPRESARIAL ENTRE LAS SOCIEDADES Y EL CONTRATO DE FIDEICOMISO:**

Siguiendo este lineamiento, existe un pronunciamiento de la Cámara Civil y Comercial

---

<sup>1</sup>VERÓN, A. V. y VERÓN, T. “Innovaciones y conflictos de la Ley General de Sociedades”. Thomson Reuters LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, 1a edición. Páginas 98 a 100.

de la Provincia de Tucumán, Sala II, del 05/04/2018 (CCIV. y COM. Tucumán, sala II, 5/4/2018, "Espeche, Carolina c/ De la Cruz Grandi, Miguel Adolfo y otra s/ Medida Cautelar") conforme el cual se consideró a un contrato de fideicomiso como un centro diferenciado de imputación, por lo cual, si se utiliza al fideicomiso para encubrir fines extra societarios, para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, deberá entonces finalizar el beneficio de la separación de patrimonios (que impera en este tipo de figuras) y extenderse la responsabilidad por los daños causados a quienes hicieron una utilización ilícita del fideicomiso (en este caso puntual, la parte fiduciaria).

El quid de la cuestión se centró aquí en la posibilidad de fijar similitudes entre dos institutos, en principio, disímiles: la sociedad y el fideicomiso inmobiliario; y en determinar si correspondía hacer lugar a la medida cautelar de embargo preventivo peticionada. Delos considerandos de la Cámara tucumana se desprende que esta separación existente entre el patrimonio personal de una persona humana y el patrimonio de la figura comercial conocida como fideicomiso, bien se asemeja a la escisión entre el patrimonio de una sociedad y el de los socios o accionistas de esta. Para arribar a esta conclusión, la Cámara realiza un juego armónico de los artículos 141, 143 y 242 del CCCN y señala que el contrato de fideicomiso da lugar a una persona jurídica en tanto es un centro diferenciado de imputación, siempre vinculado a personas (fiduciante, fiduciario), lo cual va a otorgar los beneficios de la limitación de la responsabilidad, en la medida en que no se utilice a la figura para generar un perjuicio (en el caso en análisis, obtener un enriquecimiento ilícito a través de la venta de más unidades de las que se disponía de autorización para construir). Ya sea considerando al fideicomiso como una persona jurídica, o como un patrimonio especial de afectación, los beneficios de la separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad a los bienes fideicomitados deben terminar, extendiéndose la responsabilidad a quienes hicieron la utilización ilícita de la figura, los que deberán responder en forma solidaria e ilimitada con sus patrimonios personales. En ese sentido el artículo 1686 del CCCN deja claramente dentro de la acción de los acreedores el caso de fraude y de ineficacia concursal.

Prosiguiendo con el posicionamiento amplio que mencionara *ut supra*, podemos hablar de un paralelismo de finalidad lucrativa empresarial entre ambas figuras. Frente a los terceros, el fideicomiso presenta un nombre, un patrimonio diferenciado y requiere una inscripción y exteriorización: en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo determina la Resolución General IGJ 07/2015, para aquellos contratos de fideicomiso que satisfagan cualquiera de los extremos contemplados en su artículo 284, excluyéndose a los que se encuentren bajo el control de la Comisión Nacional

de Valores; y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, así lo exige la Disposición 13/2016, publicada por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, para los contratos de fideicomiso detallados en su artículo 1.

El fiduciario es propietario de los bienes que integran el patrimonio separado; y es justamente a título fiduciario que ejerce esta propiedad en beneficio del beneficiario, pero la misma no integra a su patrimonio personal. De esta forma, los bienes fideicomitidos no pueden ser atacados por los acreedores del fiduciario y son únicamente garantía de los acreedores del fideicomiso. Estos bienes fideicomitidos tampoco integran al patrimonio personal del fiduciante; sin embargo, en aras de evitar que el fiduciante utilice a la figura del fideicomiso con la finalidad de sustraer sus bienes de la acción de los acreedores, es que se establecen dos excepciones: la acción de fraude y la acción de ineficacia concursal.

A través del artículo 144 del CCCN, se incorpora la teoría del levantamiento del velo societario, la cual antes de la sanción del Código Unificado únicamente tenía aplicación dentro del campo de las sociedades según lo dispuesto en el artículo 54 de la LGS. Sin embargo, esta teoría debe ser aplicada de forma excepcional, con carácter restrictivo y si las circunstancias así lo ameritan. Por lo tanto, si la persona jurídica no excede los límites trazados por la finalidad que persigue, deberá entonces reafirmarse el principio de diferenciación contenido en el artículo 143 de esta legislación de fondo.

### **III. CONCLUSIONES:**

El fideicomiso protege los bienes entregados en propiedad fiduciaria (imperfecta) al fiduciario, con los límites del artículo 1686 del CCCN. Ahora bien, habiendo una masa de bienes organizada en empresa económica, se genera un nuevo patrimonio y un centro de imputación diferenciado, que implica una escisión entre el patrimonio personal del fiduciante y del fiduciario y el patrimonio especial de afectación, lo que se asemeja a la separación entre el patrimonio personal del socio o accionista y el de una sociedad. El paralelismo de finalidad empresarial de ambas figuras autoriza a fijar un hilo conductor, que nos lleva a hallar similitudes entre un sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica y entre el contrato de fideicomiso, con lo cual, si bien este último es un patrimonio de afectación y no una persona jurídica, no podría negarse la evidente responsabilidad de quienes accionaron en forma dolosa, para que les sea extensible lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 54 de la LGS.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ley General de Sociedades N ° 19.550. República Argentina.
- Código Civil y Comercial de La Nación. República Argentina.
- VERÓN, A. V. y VERÓN, T. “Innovaciones y conflictos de la Ley General de Sociedades”. Thomson Reuters LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, 1a edición.
- CURÁ, J. M. y GARCÍA VILLALONGA, J. C. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Tomos IV y V. Thomson Reuters LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 2da edición actualizada y ampliada.
- RICHARD, E. H. y MUIÑO, O. M., “Derecho Societario”. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, 2da edición.
- FAURE, Darío J. “Fideicomisos. Aspectos Generales, Impositivos y Contables”. Aplicación Tributaria S.A., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, 1a edición.

## ¿INCONVENIENTES TÉCNICOS DEROGAN UN TIPO SOCIAL?

**Dra. María Victoria Martinelli Philipp**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### **PONENCIA:**

La Ley 27.349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor - LACE) establece que la SAS podrán inscribirse a través de medios digitales (como opción al conocido sistema en papel), sin embargo, la DPPJ únicamente reglamentó el trámite digital (omitiendo establecer el procedimiento de inscripción en formato papel) lo que conllevaría que este tipo social se encuentre “*derogado de hecho por inconvenientes técnicos*” desde hace meses, atento a lo cual, entiendo que la DPPJ debe recibir los trámites de constitución de SAS en formato papel, acatando lo dispuesto por la norma de fondo.

---

### **Desarrollo:**

La presente ponencia intenta analizar la problemática vigente que supera lo meramente formal para convertirse en un incumplimiento grave por parte de un organismo que conlleva incumplir con lo que una norma nacional establece y siendo el evento donde es presentada el Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, no quise pasar por alto la actual situación.-

En el ejercicio de la profesión, en la práctica diaria y en virtud de la vorágine con la que solemos transitar la misma, solemos tomar las reglamentaciones de los diferentes organismos como “la santa biblia” que debemos cumplir para que un trámite sea inscripto, ya que el funcionamiento de la sociedad, el otorgamiento de un crédito, la posibilidad de iniciar la actividad, dependen de esa plancheta de inscripción.- Sin embargo, eso no nos debe apartar del principio aprendido en los primeros años de nuestra formación académica y es que una ley sólo puede ser derogada por otra ley, y una reglamentación no puede modificarla y mucho menos dejarla sin efecto alguno.- La mencionada Ley 27.349 es clara al establecer que la forma instrumentación digital del estatuto de la SAS y su posterior ingreso por medios digitales al organismo de contralor es una opción.- Una buena y muy celebrada opción, por lo que implica en

cuestiones de tiempo (por ejemplo) pero que la emoción por lo innovador no nos haga olvidar que el formato papel no se dejó de lado en la norma.-

Pese a lo expuesto, la DPPJ al reglamentarla, decidió sólo disponer el proceso digital de inscripción de la SAS.- Dicha situación no vislumbró mayores inconvenientes hasta hace unos meses cuando el sitio mediante el cual se debe inscribir este tipo social informa que: "...CONTINUAN LOS INCONVENIENTES TECNICOS EN LA PLATAFORMA GPBA-TAD Y NO SE PUEDEN GENERAR CONSTITUCIONES DE SAS. RECOMENDAMOS NO CARGAR DATOS DE NUEVAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS PORQUE LA NO EMISION DE BOLETAS DE PAGO, IMPOSIBILITA EL INICIO DEL EXPEDIENTE DE REGISTRACION. DE IGUAL MANERA, INFORMAMOS QUE SE ENCUENTRAN SUSPENDIDAS LAS RESERVAS DE NOMBRE PARA SAS. EL TRÁMITE DE RESERVA VOLVERÁ A RECEPCIONARSE UNA VEZ QUE ESTÉ FUNCIONANDO CON NORMALIDAD LA PLATAFORMA DE INGRESO DE TRÁMITES DE CONSTITUCIÓN DE SAS."

Es decir, que hace meses estamos imposibilitados, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, de constituir SAS, cuando la Ley 27.349 se encuentra vigente.- Atento lo expuesto, considero que la normativa vigente nos legitima a presentarnos ante cualquier delegación de la DPPJ con una SAS constituida conforme Art. 35 Ley 27.349 (por instrumento privado con firmas certificadas o por instrumento público – en formato papel), abonar los aranceles correspondientes e ingresar el trámite a los efectos de su inscripción.- La negativa a recibir la misma, implicaría obligar a dichas sociedades a ingresar en la informalidad (Sección IV LGS 19.550) por una reglamentación inadecuada.-

## LAS CONSECUENCIAS DEL SOCIO OCULTO.

**Dr. Alejandro Martín Vázquez**

Instituto de Derecho Comercial de Mar del Plata.

---

### PONENCIA

**La actuación societaria del socio aparente y oculto está prohibida por la ley; lo que importa que se trata de una actuación ilícita, sin perjuicio de sus fines. No resultan plenamente aplicables las normas que regulan la simulación del Código Civil y Comercial. El acreedor social no tiene derecho a demandar la nulidad del acto simulado.**

---

### FUNDAMENTACIÓN:

#### I. La reforma.

La Ley N° 27.444 (B.O. 18/6/2018) – DNU 27/2018 modificó el art. 34 de la Ley General de Sociedades, que quedó redactado del siguiente modo: *“Queda prohibida la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto”*.

Como todos sabemos, la modificación se debió a recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, lo que descarta la posibilidad de buscar en sus fundamentos cuál era la idea o el fin de los legisladores para dar cierto sentido a la reforma.

Se encuentra ubicada en el Capítulo I *“Disposiciones Generales”* Sección *“De los Socios”*; es decir que por su ubicación metodológica se aplica a todos los tipos sociales. Sólo podría descartarse esa posibilidad en caso en que la propia norma la exceptúe y/o encuentre una contradicción de tal entidad con las reglas del tipo que únicamente sea factible interpretar su inaplicabilidad.

La descripción normativa carece de distinción entre los distintos tipos sociales; lo que descarta el primer supuesto de excepción.

Ahora bien, ¿existe una contradicción con las sociedades en las que exista responsabilidad limitada que nos permita afirmar su inaplicabilidad?

Por nuestra parte creemos que no, y por ende resulta aplicable a aquéllos tipos. El motivo es que se trata de una norma que –como tantas otras- prevé ante una infracción legal un agravamiento de la responsabilidad de los socios frente a terceros.

Aunque entendemos que muchos autores<sup>1</sup> han criticado la norma en cuanto a que no hay motivos para considerar ilícito al socio oculto cuando no se perjudica a terceros o transgrede la ley, etc. –es decir, como si se trata de una simulación “lícita”-; el art. 34 directamente la prohibió y la norma es clara y abarcativa de todos los supuestos.

El art. 34 de la LGS reputó *per se* ilícita la actuación del socio aparente y el socio oculto; se trata de un supuesto de **ilicitud objetiva**. Pudo haber dejado la determinación de la “ilicitud” a los jueces a través de un sistema causalista (como el del art. 334 del CCyC), pero no lo hizo.

La distinción que realizaba la Doctrina estaba dada por la propia letra del art. 34 en su texto original ya que establecía respecto del socio aparente que: “...*con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio...*”; y sobre esa base se consideraba que lo era en función del tipo de que se trate.

La consecuencia de ello era que el socio aparente respondía –en los tipos legales de responsabilidad limitada- con esa limitación; y el verdadero socio –oculto- respondía conforme su segundo párrafo, es decir de modo solidario e ilimitado.

Hoy esa contradicción no existe más. Los dos (aparente y oculto) responden con la misma extensión: ilimitado, solidario y subsidiario. La eliminación de la prohibición es consecuente con el carácter sancionatorio y disuasivo de la infracción a la prohibición legal.

Como consecuencia de ello, los argumentos utilizados para fundar la distinción con la redacción anterior hoy han desaparecido. Es acorde también a la previsión del art. 335 del CCyC, en la que no existe distinción de efectos entre los integrantes de

---

<sup>1</sup> PLINER, Adolfo, “Socios ocultos”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1962, p. 239; citado por Otaegui, Julio C., *SOCIEDAD COMERCIAL Y PUBLICIDAD, LA LEY 18/12/2006, 1 • LA LEY 2007-A, 607 • Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo I*, 771. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Societario, Parte General, Año 1997, Ed. Heliasta*, pág. 801. Arduino, Augusto H. L., *La prohibición de la actuación societaria del socio aparente u oculto*, *El Derecho*, [276] - 09/02/2018, no 14. 346. Anaya, Jaime L. “El enigma del socio oculto”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 228- A. Ed. Lexis-Nexis. Año 2008, pág. 81.

acto simulado por interposición de personas; por supuesto que no en relación al tercero.

Otaegui vinculaba el tema a la Publicidad Registral (y su función de protección a los terceros) y sostenía la justificación en que: *“Con otra visión puede entenderse que el socio con responsabilidad limitada (accionista, cuotista, comanditario o industrial) actúa cumpliendo con el régimen de publicidad registral previsto en la ley y el socio oculto no. En consecuencia, es congruente que la responsabilidad de éste no esté acotada y la de aquéllos sí. Según autorizada doctrina la responsabilidad impuesta al socio oculto es una sanción o castigo”*<sup>2</sup>.

En la actualidad no existen argumentos que permitían con cierta razonabilidad sostener el carácter limitado de la responsabilidad del socio oculto en las sociedades con responsabilidad limitada.

## **II. El instituto de la simulación del Código Civil y Comercial.**

La jurisprudencia y la Doctrina sobre el tema echa mano a las normas de la simulación previstas en el Código Civil y Comercial para analizar el tema y derivar consecuencias jurídicas. Si bien no desechamos ese método de acercamiento al instituto de la simulación; sí afirmamos que debe efectuarse con máxima precaución ya que los elementos de ponderación son bien distintos.

Por más que el CCyC como derecho común tenga proyecciones en el resto del ordenamiento jurídico, estimamos que el principio de especialidad y la clara y expresa previsión de las consecuencias de la transgresión normativa, impiden aplicar íntegramente las normas del CCyC como lo sostienen varios autores.

Las diferencias más evidentes son las siguientes.

En el supuesto analizado existe a causa del contrato de sociedad un ente jurídico distinto, y esta personificación no ha estado en cabeza del legislador al regular la simulación.

Se trata de un contrato plurilateral (en la mayoría de los casos) y no de uno bilateral o unilateral recepticio, que son los que el Código de fondo esencialmente considera.

---

<sup>2</sup>Otaegui, Julio C., *op. cit.*

La transmisión no otorga al transmitente una contraprestación que pueda considerarse una obligación recíproca o similar; sino que lo instituye como titular de una participación que contiene un plexo de derechos políticos y económicos.

En la interposición ficta del CCyC hay en el acto simulado un acuerdo trilateral necesariamente (interponente, interpuesto y cocontratante), lo que no sucede en el caso del socio oculto. Recordemos que puede haber aparte de la simulación por interposición ficticia, interposición real, en la que no hay simulación alguna.

Además, en el caso del socio oculto hay un universo de acreedores más que en cualquiera de los casos previstos, que lo constituyen los acreedores de la persona jurídica vinculada.

Estos elementos son suficientes por su entidad para sostener que no es adecuada la aplicación lisa y llana de la regulación de la simulación en nuestro Código.

Existen otros argumentos para fundar esta afirmación.

El art. 333 del CCyC se refiere a la simulación en una de sus especies, que es la relativa. En el caso que venimos tratando, la simulación no recae ni sobre la naturaleza del acto, ni sobre el objeto y/o su contenido; sino únicamente sobre las personas intervinientes.

El principal aspecto descartar en el supuesto del socio oculto respecto de las normas que regulan la simulación en el CCyC, es efectivamente su consecuencia. Pues, ante la simulación ilícita el acto es nulo (de tipo relativa) y ese “acto” es la adquisición de la calidad de socio; lo que la LGS no intenta anular.

Siendo una de las principales distinciones a efectuar la de los efectos que se generan por la simulación (o su descubrimiento), pasamos a analizar esas consecuencias.

### **III. Efectos del art. 35 de la LGS. ¿Es el único?**

Prevé esta norma que: *“Responsabilidades. La infracción de lo establecido en el artículo anterior hará al socio aparente o prestanombre y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta ley”*. Y éste último dispone que: *“Los socios contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales”*.

En primer lugar, si la norma sólo fuere aplicable a un tipo legal en el cual los socios tuvieran esa responsabilidad, la aclaración respecto del socio aparente no tendría sentido; porque ella tiene esa responsabilidad.

Resaltamos la estructura de la norma, que se trata de una sanción legal (en el caso un “agravamiento de la responsabilidad”), pues la “infracción..., hará al socio oculto, responsable”. Ante la infracción de la prohibición, establece una consecuencia para los infractores que no es la que se deriva del acto “real” (esto último sería incluir al interponente o excluir al interpuesto, conforme el tipo). Además, se evidencia el carácter disuasivo ante la transgresión de la prohibición legal.

La norma protege al “universo de acreedores” de la sociedad; y lo hace ampliando la responsabilidad del socio aparente y el oculto respecto del pasivo social. Recordemos que la responsabilidad endilgada es ilimitada y solidaria, aunque subsidiaria.

Por nuestra parte creemos que el tercero contratante de la sociedad sólo tiene en una acción de responsabilidad dos nuevos sujetos que, subsidiariamente, deben responder ilimitadamente por el pasivo social; aun cuando por el tipo no hubieren contado con esa garantía. No hay otra ventaja o consecuencia para los acreedores sociales, ni otra acción (por ejemplo, una nulidad por simulación).

Por supuesto que aquí subyace un interrogante de toda relevancia, que no es objeto de esta ponencia, aunque pueda derivarse su respuesta: ¿Puede extenderse la quiebra al socio oculto y al aparente en función de la ilimitación y solidaridad?

En el fallo “*Bonquim SA s. Quiebra c. Puasic Marcos y otros s. Ordinario*”<sup>3</sup>, se sostuvo en un *obiterdictum* (ya que no se consideró probado el carácter de socio oculto del demandado) la respuesta negativa. Se agregó que el legislador argentino no quiso sancionar el ocultamiento por el ocultamiento mismo y que ello también se deriva del propio art. 334 del CCyC.

En esta reforma sí el legislador lo sancionó como un supuesto de ilicitud objetiva sin aditamento alguno como los fines del acto y/o el perjuicio a terceros. Con la legislación actual, por el propio art. 334 del CCyC (si lo consideráramos aplicable), la actuación es ilícita.

Por los argumentos que hemos dado respecto de rechazar la aplicación de la simulación –salvo en algunos puntos específicos–; en función que la propia LGS como ley especial previó una consecuencia jurídica a la transgresión normativa y el carácter sancionatorio que nace de la estructura de la norma; evidencian que las consecuencias son y no pueden ser otras que las indicadas en el art. 35.

---

<sup>3</sup> *Cám. Nacional de Comercio, sala C, sentencia del 09/06/2022, Expte. N° 23.822/2018.*

El efecto que es el acreedor social no tiene derecho a demandar la nulidad del acto simulado, por resultar innecesario el aspecto restitutorio en tanto la LGS le da una protección más amplia que la reconstitución del patrimonio como garantía común.

Pues el “acto”, en el caso del socio oculto, es la adquisición de la calidad de socio sea originaria o derivada -aunque reservada-. Lo *aparente* es que el socio se trata de una determinada persona, y lo *subyacente* es que en verdad el socio es el oculto.

Es decir, si aplicásemos las normas que rigen los efectos de la simulación llegaríamos a conclusiones y/o consecuencias inadecuadas.

Favier Dubois interpreta que: “*Que la actuación como socio oculto y como socio aparente, prestanombre o testafarro en una sociedad, sea por persona humana o persona jurídica, es un “acto prohibido por la ley” y, por ende, “nulo” e “ilícito”, lo que determina la ilicitud de las adquisiciones o transferencias y de los mandatos respectivos*”<sup>4</sup>. Esta acción no está disponible para el acreedor social.

Por ejemplo, hay autores que sostienen que: “...suponiendo que la relación se desnuda, la pregunta que debemos formularnos es cuál será el efecto de la “ilicitud de la relación aparente” respecto del voto emitido por el testafarro. Si consideramos que la nulidad de la relación aparente devenga nulidad del voto, entonces debemos analizar el efecto práctico de dicha nulidad pues no dará lo mismo la nulidad del voto de un socio asilado, residual o minoritario, que la nulidad del socio dominante o controlante...”<sup>5</sup>. Aquí debemos mencionar que si procediera una nulidad –por ejemplo, por pedido de acreedor del oculto-, se trata de una relativa y por ende los efectos retroactivos de las nulidades no alcanzarían los actos cumplidos y consentidos.

Otros autores sostienen que lo nulo es el contradocumento que en verdad contiene el acuerdo real, al decir: “*En consecuencia, lo que se anula es el acuerdo entre las partes de generar una situación jurídica insincera; el que eventualmente podría verse plasmado en un contradocumento (art. 335 del CCCN)*”<sup>6</sup>. Lo que podría resultar nulo es el acto aparente y no el que surge del contradocumento, que es el real y debe salir a la luz.

---

<sup>4</sup> FavierDubois Eduardo M., *La prohibición del testafarro como socio. Alcances y efectos legales del decreto 27/2018*, en [http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-prohibicion-del-testafarro-como-socio-alcances-y-efectos-legales-del-decreto-27-2018/#\\_ftnref15](http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-prohibicion-del-testafarro-como-socio-alcances-y-efectos-legales-del-decreto-27-2018/#_ftnref15).

<sup>5</sup> VAN THIENEN Augusto, *¿Se acabaron los testafarros? Impacto del DNU 27/2018*; en <http://cede-flaw.org/pdfs/2018213181133-148.pdf>.

<sup>6</sup> Vidal Agustín, *La responsabilidad de los socios aparentes y ocultos. Tesis de Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, año 2016*.

El caso que menciona FavierDubois se refiere sólo al supuesto en que la acción de simulación es demandada por un acreedor del socio oculto, quien vio salir de su patrimonio el aporte a la sociedad, pero no incorporó las acciones como prenda común, ya que quedaron en cabeza del aparente.

Aunque el acreedor del sujeto interpuesto detenta legitimación para demandar la nulidad (art. 336 del CCyC), no será usual ya que es posible que intente agredir su patrimonio simulado (en el caso, las acciones o cuotas, los créditos originados en el pago de dividendos); riesgo que asumió el oculto (art. 335 del CCyC).

En el supuesto de discusión o competencia entre los acreedores de uno y otro copartípe, deberá estarse a la preferencia que establece el CCyC en su art. 337. Allí el legislador determinó la oponibilidad a los acreedores del socio aparente, hasta que éstos hayan realizado actos de ejecución (en principio de tipo jurisdiccional), con la idea que éstos han considerado su patrimonio –aunque simulado- para contratar. Por supuesto en tanto sean de buena fe.

Ahora bien, por fuera de la resolución de estos supuestos fácticos que no se vinculan con la sociedad en sí, sino con los acreedores de sus socios; las soluciones del Código no son aplicables, debiendo estarse a los arts. 35 y 125 de la LGS.

## EL PROBLEMA DE LA RETENCIÓN DE UTILIDADES Y EL ACTIVISMO JUDICIAL. A PROPÓSITO DE UN FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

**Dr. Ignacio Vicente Cenoz**

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

---

### PONENCIA.

**Criterios que imponen la distribución de dividendos y las pautas para ello, como el del Tribunal Supremo de España, por un lado, suplantando la voluntad social, pero, por otro lado, ponen fin definitivamente a una conducta abusiva y sistemática de la mayoría, por lo que el adecuado equilibrio ante estas situaciones requiere de la máxima cautela judicial. Ahora bien, para evitar riesgos, arbitrariedades y cuestionamientos al activismo judicial en tal sentido, es necesario contar con una norma que, además de establecer expresamente que, ante la impugnación de la decisión asamblearia de no distribuir utilidades por abuso de la mayoría, en perjuicio de la minoría y ante inexistencia de perjuicio patrimonial para la sociedad, estas deben repartirse entre los socios, determine las pautas para ello, entre las que puede incluirse, por ejemplo, el previo cumplimiento de reservas legales, la consideración de antecedentes de la propia sociedad si los hubiera, o la cancelación de determinados pasivos vencidos y exigibles.**

---

### INTRODUCCIÓN

La problemática de base que abordamos en esta ponencia -que no es nueva- es la relativa a la decisión asamblearia de no distribuir dividendos a los accionistas. Lógicamente, no nos referimos a aquella decisión verdaderamente apoyada en una decisión empresarial o negocial, sino a la que tiene lugar en un contexto de abuso de quienes conforman la mayoría, y sistemáticamente someten al grupo minoritario, a veces con la intención de forzar la salida de estos a bajo costo, otras simplemente de conformidad con las ventajas que obtienen de ello.<sup>1</sup>

---

*Señala M. IRIBARNE que abundan supuestos de abusos de la posición mayoritaria de uno o varios socios contra la minoría (IRIBARREN Miguel, "Los acuerdos de retención de beneficios y la protección de la minoría en la sociedad limitada" <https://almacenederecho.org/los-acuerdos-de-retencion-de-beneficios-y-la-proteccion-de-la-minoria-en-la-sociedad-limitada> ).*

Estas políticas abusivas, que normalmente quedan expuestas por la falta o deficiente fundamentación de la decisión de destinar las utilidades acumuladas durante varios ejercicios a reserva, cuenta nueva o, incluso, sin dar destino alguno, suelen ser objeto de acciones de impugnación o nulidad, muchas de las veces, exitosas. Sin embargo, la realidad muestra que los jueces son reacios a extenderse mucho más allá de la impugnación o nulidad de la asamblea, ni que hablar de la imposición de pautas concretas para la distribución de dividendos. A raíz de ello, se impone que luego de la impugnación el grupo mayoritario “corregirá” las deficiencias e impondrá nuevamente su voluntad.

Con relación a lo último, proponemos como objeto de análisis lo resuelto recientemente por la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español en fecha 11.01.2023<sup>2</sup> el que, al confirmar una sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4<sup>a</sup>, concluye: “4. En casos como el presente, la tutela judicial efectiva del accionista minoritario quedaría afectada negativamente, si el pronunciamiento del tribunal se limitará a estimar la impugnación y dejar sin efecto el acuerdo. Dependería de la junta de socios, controlada por el socio mayoritario, la legítima satisfacción de los derechos del minoritario, reconocidos por la sentencia”. Subyace entonces una problemática que nos importa para esta ponencia, vinculada a la expuesta en el párrafo anterior, relacionada con el grado de “activismo judicial” adecuado a supuestos como los que se plantean.

## **EL CASO “GLOBAL SALES SOLUTIONS ATLANTICO S.L.”.**

La sentencia aludida en la introducción expone los siguientes hechos que rescatamos como relevantes y sintéticamente enunciamos: El socio Serafín interpone demanda contra la Sociedad “Global Sales Solutions Line Atlántico S.L.” pidiendo: 1) se declare, entre otras cosas, la nulidad de los acuerdos de aplicar resultados de los ejercicios 2014 y 2015 a reservas voluntarias; 2) se ordene que los beneficios de los ejercicios 2014 y 2015 y se repartan íntegramente entre los socios. Por su parte, la demandada solicitó se desestime íntegramente la demanda.

En primera instancia, el Juzgado de Primera de lo Mercantil Nro. 2 de A Coruña desestimó la demanda incoada por el socio y le impone las costas, quien recurre la sentencia.

---

<sup>2</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia Nro. 9/2023, 11/01/2023, Nro. de procedimiento 33192019, p. 9 (<https://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Prescripcion/101/AN>).

En segunda instancia, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña revoca parcialmente la resolución apelada, anula los acuerdos de aplicación de resultados de la Junta de socios y condena a repartir entre los socios, en proporción a la participación de cada uno de ellos, al menos tres cuartas partes de los beneficios de cada ejercicio. Ante ello, el representante de la sociedad demandada interpone recurso extraordinario, entre otros argumentos, por el carácter “inexcusable” de la intervención de la junta de socios para el nacimiento de un derecho de crédito al dividendo en favor de los socios.

Del resumen de antecedentes realizado por el Tribunal Supremo, surge que se trataba de una sociedad de dos socios, Serafín, quien resulta ser el actor, con 49% de la participación, y Global Sales Solutions S.L. como titular del 51% restante, la que es controlada indirectamente por los Sres. Bernabe y Candido. A su vez, los administradores de Global Sales Solutions Atlántico S.L. eran los Sres. Bernabe y Serafín hasta que, en 2014, la Junta General cesa en sus funciones a este último, quien en consecuencia pierde la retribución que percibía por su tarea, quedando como único administrador el primero de los nombrados. Paralelamente, a través de la sociedad Global Sales Solutions S.L. se fijó una retribución a favor del Sr. Bernabe y se le concedieron importantes anticipos.

Además, el Tribunal destaca que la Audiencia consideró abusivos los acuerdos impugnados adoptados en beneficio del socio mayoritario y en perjuicio del minoritario. Al respecto, se advierte que desde que el actor cesó en su rol de administrador su situación cambió, cobrando “especial virtualidad el deber de lealtad del socio mayoritario hacia el minoritario el necesario reconocimiento de que la continuidad de la misma política de dividendos que hasta entonces se había seguido ya solo puede beneficiar a GSS Line y perjudicar al Sr. Serafín, que nada recibe de las ganancias que genera el negocio social y que tampoco puede realizar ventajosamente su inversión - si fuera esa su intención- porque está atrapado en una sociedad cerrada que no reparte dividendos y que destina sus beneficios a financiar a la sociedad dominante, es decir, al propio socio mayoritario”.

En punto a la cuestión de los dividendos, se resalta el argumento de la Audiencia relativo a la falta de fundamentación de la decisión de retener los beneficios de dos ejercicios, y que aquella se apoya en un acuerdo de distribución de beneficios del año 2011, previo al inicio de los conflictos entre los socios, en el que se distribuyó el 75% y se retuvo el 25% para determinar las pautas de la distribución. Más adelante, se agrega que, siendo procedente la impugnación de destinar los beneficios a reserva se entiende aprobada la alternativa residual legalmente prevista, es decir, el reparto

de dividendos, y que la Audiencia no suplanta a la Junta puesto que se apoyó en lo decidió anteriormente por esta y porque desestimó la pretensión del actor de distribuir los beneficios “íntegramente”.

## **ADVERTENCIAS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA PATRIMONIAL**

Previo a abordar las conclusiones relativas al caso, no podemos dejar de mencionar algunas consideraciones realizadas por Esparza (Cabe aclarar que fueron expuestas a propósito de un caso concursal pero que consideramos trasladables a la temática que nos ocupa) sobre el activismo judicial. Este autor, en primer lugar, plantea adoptar cierta cautela frente al activismo judicial por “la capacidad de daño e impunidad que tiene el pretorio en sus resoluciones”. Seguidamente, advierte acerca de un “activismo tardío” que surge de sus cuestionamientos acerca de la actuación previa del magistrado<sup>3</sup>.

Con relación a lo anterior, pensamos, por un lado, en el daño que puede provocar una resolución como la comentada a la sociedad y, por otro lado, que si el órgano jurisdiccional no resolviera como lo hicieron la Audiencia y el Supremo Tribunal, el daño recaería sobre el socio, quien habrá impulsado un proceso judicial que deberá repetir sucesivamente hasta que alguien decida concederle dividendos, lo cual luce improbable, o termine mal vendiendo su participación, seguramente, a un integrante de la mayoría.

## **CONCLUSIÓN.**

En relación puntualmente a lo resuelto, no coincidimos con la apreciación del Tribunal en cuanto a que la Audiencia no suplanto la voluntad social por el hecho de que exista una norma que así lo disponga ante la impugnación del destino decidido por la Junta. Mucho menos por la consideración relativa a que no se concedió la distribución “íntegra” de los beneficios solicitada por el actor. Creemos que no lo hace en relación a la imposición de distribuir dividendos, lo cual evidentemente es una imposición legal (o tal vez sí y, en tal caso, existe una sustitución de voluntad social por imperativo legal), pero si lo hace al determinar la proporción en que debe hacerse.

---

<sup>3</sup> ESPARZA Gustavo, “Sobre una propuesta de acuerdo instrumentada mediante fideicomiso. Algunas luces. Muchas sombras. A propósito del caso “Isolux”, LA LEY 27/08/2021, 27/08/2021, 5 (TR LALEY AR/DOC/2376/2021), 4.

En relación con ello, no puede obviarse que el patrimonio social o parte de él, para derivar en una distribución dividendos atraviesa un proceso de análisis contable y financiero que decanta una propuesta del directorio y la decisión asamblearia, lo que no estamos convencidos deba o pueda realizar el magistrado interviniente.

Pero tampoco podemos desconocer que se trata de una voluntad generada interesadamente por la mayoría y abusivamente en desmedro de la minoría, por lo que entendemos razonable y lógico que, ante la identificación de políticas sistemáticas de opresión a través de la retención de utilidades, se tienda a pensar que para cortar definitivamente con ello se debe imponer distribuir dividendos y la forma de hacerlo. Sentencias como la comentada muestran un avance en tal sentido. En consecuencia, debe exigirse al magistrado interviniente un grado importante de cautela, lo que creemos se traduce en una minuciosa y acabada fundamentación que exponga claramente la situación de abuso, el perjuicio al socio minoritario y la inexistencia de menoscabo al patrimonio social, además de establecer las pautas concretas e igual de fundadas para la distribución. De lo contrario, si no le fueron aportados elementos suficientes o no comparte la apreciación, debe evitar resolver en tal sentido.

Por otra parte, a fin de evitar un activismo judicial riesgoso o cuestionable, consideramos necesario establecer una norma que vaya en línea con el criterio jurisprudencial adoptado en el caso comentado, es decir, que establezca, por un lado, expresamente que, impugnada la decisión asamblearia sobre el destino de las utilidades, las mismas deben destinarse a los socios y, además, establecer las pautas para ello.

## **FIDEICOMISO: FIDEICOMISO EN EL DERECHO SOCIETARIO. ORIGINARIOS Y DERIVADOS.**

**Mag. Marcelo A. David**

Colegio de Abogados de La Plata

Colaboración: **Abog. Gonzalo López Alves** (FCJyS UNLP)

### **PREMISAS A DILUCIDAR CON LA PRESENTE PONENCIA**

- 1. ¿Es posible que un fideicomiso contenga válida y legalmente un negocio de tinte asociativo?**
- 2. Es posible que un contrato fideicomiso se conforme en parte/socio de una sociedad a conformarse? ¿Es posible que el fideicomiso de administración de acciones sea socio de una sociedad desde el mismo momento de su creación? ¿Puede un fideicomiso o un par de ellos, participar de un armado societario originario y rogar por intermedio de su fiduciario su inscripción?**
- 3. Esquematizaremos las opciones de negocios fiduciarios societarios en dos: fideicomisos societarios originarios y derivados, analizando sus vertientes y factibilidad.**

### **I.- INTRODUCCIÓN.**

Pocos institutos jurídicos han acarreado tantos problemas de arraigo legal como el fideicomiso en nuestro país. Desde su incorporación orgánica a la legislación positiva por medio de la Ley 24.441, hasta su casi reciente carta de ciudadanía en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el fideicomiso ha sabido poner a prueba las más abigarradas costumbres de un derecho abrevado sobre las bases del esquema continental romanista. Al extremo que aún a la fecha seguimos discutiendo sobre el peregrinar del fideicomiso en el marco de nuestro derecho positivo, intentando con un conservadurismo formal, retener su innegable y pragmático avance.

La incorporación de la teoría del patrimonio de afectación por separado -en franco embate o adaptación a la teoría Savignyana del patrimonio único-, adaptado a la "latinoamericana" como se ha reconocido al fideicomiso argentino en la esfera académica

mica internacional, a partir de su origen en el “trust” americano, es y sigue siendo el germen de sendas discusiones académicas.

La autonomía de la voluntad que gobierna al fideicomiso, su espectro o vicisitudes en torno a la afectación y segmentación del patrimonio que implica limitar el alcance de la garantía común del patrimonio, las capacidades similares a un sujeto de derecho sin serlo -patrimonio no personificado-, generan no sin inconvenientes que el fideicomiso reperfile el mundo de los negocios, de las inversiones, de los contratos, de las vinculaciones sociales, de las garantías<sup>1</sup>, de las sucesiones y en definitiva de un sinnúmero de vinculaciones o negocios de alcance jurídico.

El pragmatismo anglosajón, si bien adaptado a nuestro derecho, ha sabido por medio del fideicomiso ganar territorio y adeptos mediante la adopción maleable de dicho vehículo jurídico. Situación que ha impregnado diversas ramas del derecho, generando carriles de debate en materia de obligaciones, contratos, derechos reales, sucesiones, en fin, en caso todas las esferas del derecho privado e incluso público.

## II.- EL FIDEICOMISO Y EL DERECHO SOCIETARIO

Si bien es cierto que en la jerga abogadil en la mayoría de las ocasiones se cita o habla de “fideicomiso de acciones”, que por cierto es lo más usual de encontrar en la práctica, lo técnicamente correcto es abordar las diversas vinculaciones que podrían representarse entre el contrato de fideicomiso como vehículo de negocios e intereses y el derecho societario.

### II.a. El negocio societario vehiculizado en un contrato de fideicomiso

Como el objeto del contrato de fideicomiso se encuentra gobernado por el principio de la autonomía de la voluntad (arts. 279, 1003 sgtes. y ccdtes. del CCCN), cualquiera podrían pensar en utilizar al fideicomiso como vehículo para un negocio societario o asociativo, a los fines de realizar aportes e inversiones a un patrimonio fideicomitado para que con dichos bienes o derechos el fiduciario pueda realizar todos

---

<sup>1</sup> EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA SOBRE ACCIONES NO ES UNA PRENDA DISFRAZADA NI VIOLA EL ART. 219 DE LA LEY DE SOCIEDADES. Lisoprawski, Silvio V. Publicado en: DCCyE 2011 (febrero), 180 Cita: TR LALEY AR/DOC/111/2011. PERALTA MARISCAL, Leopoldo, “Fideicomiso de garantía. Neuralgias y cefaleas garantizadas”, LA LEY, 2000-E, 948; “El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico ineficaz”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001 - 3, Buenos Aires, 2002, p. 229; “Fideicomiso sí; de garantía no”, LA LEY, 2001-B, 978 y “Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”, LA LEY, 2001-E, 1025.

los actos tendientes a cumplir con la fiducia negocial encomendada -actividad comercial-, participando de los beneficiarios, de las ganancias e incluso soportando fiduciarios y beneficiarios de las pérdidas, pactando incluso el desarrollo de asambleas de fiduciarios y beneficiarios, quórum, mayorías, recesos, sistema de capitalizaciones, en fin todo aquello que el requerimiento de los clientes sugiera como convenientes a los fines canalizar el negocio o actividad con incluso aspiración de duración en el tiempo.

Parte de la doctrina ha entendido que dicha opción o uso del vehículo fideicomiso a tales fines no es legal, entre ellos podemos encontrar a Favier Dubois (h)<sup>2</sup>, quien sostiene que ello no es posible por las particularidades que presenta el régimen societario. En primer lugar, señala, que, si se trata de un único fiduciante, se estaría vulnerando la pluralidad de socios -aclaremos que el artículo data de fecha anterior a la unificación del derecho privado y por ende a la reforma de la Ley 19.550 hoy denominada Ley General de Sociedades-, pauta que incluso a la fecha no pasaría por ende a conformar un argumento de vigencia legal. En segundo lugar, indica que el derecho societario presenta normas indisponibles en materia de formas, publicidad, contabilidad, objeto, capacidad, nulidad, entre otras, las que refiere tienden como es sabido a proteger a los terceros e incluso minorías agregamos. Por ello Favier Dubois sostiene que el concepto de aporte para un fondo común con el cual realizar una actividad lucrativa empresarial en común para participar en los resultados, debe considerarse -sostiene- privativo del derecho societario (art. 1 Ley 19.550). Indicando por ende el autos citado, que en el supuesto de un fideicomiso donde se presentaran dichos elementos, podría considerarse una sociedad atípica y, como tal, nula, liquidable y concursable, con las responsabilidades de sus socios y administradores.

Otra vertiente doctrinaria contraria a la precitada, podemos encontrarla ya desde los trabajos doctrinarios de Echverry<sup>3</sup>, quien al analizar el carácter asociativo del fideicomiso, indicaba que el mismo no transgredía a su criterio lo normado por el art. 17 de la LGS, sosteniendo cómo funciona en la realidad ciertas aplicaciones del fideicomiso o como, en innumerables ocasiones, esa característica de la fiducia satisface necesidades económico sociales que, por una u otra razón (rigidez, insuficiencia, obsolescencia, ausencia de aptitud, etc.) no son cubiertas por las típicas figuras societarias.

---

<sup>2</sup> FIDEICOMISO Y RÉGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA Eduardo M. Favier Dubois (h.) Publicado en: LA LEY 08/11/2010, 1 • LA LEY 2010-F, 842 Punto 4.1 • Enfoques 2011 (enero), 45 Cita: TR LALEY AR/DOC/7076/2010

<sup>3</sup> Echverry Raúl, A., "El fideicomiso como contrato asociativo", RDCO 199, septiembre de 2002 página 517.

Por nuestra parte, entendemos que los avances y reformas del derecho societario a través de la reforma de la Ley 26.994 -unificación del derecho privado argentino y esquema de mutabilidad del derecho general societario argentino- hacen que no podamos compartir a la fecha la postura del autor citado.

En primer lugar, podemos citar el abandono por parte del legislador/codificador argentino del principio de la pluripersonalidad societaria, sombra a la cual nació y se desarrolló gran parte del derecho societario argentino, y el nacimiento del negocio societario individual tanto en el régimen de la ley 19.550 -SAU art. 164 LGS- como en la ley 24739 que recepta estructuraciones satélites del derecho societario central -SAS arts. 33 a 62 ley citada-. De manera que la conformación de un negocio social encajado en la figura contractual de un fideicomiso con un solo fiduciante es plenamente válida.

En segundo término, debemos poner de resalto que se han modificado las pautas de nulidad específica societaria, de modo que un negocio societario en ancas de una estructuración fiduciario no sería de ninguna manera nulo, sino en todo caso conformará como indica el propio art. 17 de la LGS una sociedad de las regidas por la sección IV (arts. 21 a 26 respectivamente). Situación que derriba tal vez uno de los principales argumentos citados por la doctrina para tildar de nulos a este tipo de negocios.

Recordemos que a las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos de la ley general de sociedades, representan uno de los cambios más sustanciales del moderno y actual derecho societario, donde la autonomía de la voluntad ha pasado a ocupar un rol preponderante frente a la clásica y conocidas tipicidad societaria. Superando la concepción sancionatoria y estigmatizante de las viejas sociedades irregulares y/o de hecho, al extremo que a la fecha dichas sociedades no formales o atípicas -como entre otras las ex sociedades civiles- pueden oponer el contrato entre las partes, pueden establecer un régimen subsidiario no solidario de responsabilidad entre los socios, pueden oponer el contrato a terceros que lo conozcan, pueden establecer un régimen de administración diferenciado, pueden tener bienes registrables a su nombre, en fin, salvo el hecho de no representar un esquema típico y regular conocido en el mercado, lo real y concreto es que el derecho societario en este ítem dio un giro copernicano, abriendo paso a la autocomposición de los negocios sociales. Abriendo paso a que incluso el negocio social pueda vehiculizarse con el esquema del fideicomiso en su estructuración legal, sin que ninguno de los dos sistemas se vea mutilado o desechado, aunando hasta incluso un esquema de sana convivencia en función de un menú de vehiculizaciones jurídicas de los interés proclive a los negocios a desarrollar.

Siendo incluso este último el argumento que sostenía la nulidad de este tipo de negocios sociales a través del fideicomiso, por cuanto la autonomía de la voluntad y los principios generales del derecho serán los que contengan la protección de los derechos de los propios cocontratantes del fideicomiso, así como los derechos de los terceros que se vinculen con este tipo de negocios sociales fiduciarios.

Conforme lo expuesto propugnamos la legalidad de este tipo de fideicomisos que denominamos originarios -por cuanto crean y en el caso contienen un negocio asociativo-facilitando otra herramienta útil para la estructuración de negocios en los mercados argentinos. Dando cuenta que los mismo son disímiles de lo que comúnmente en la práctica societaria se conocen como fideicomiso de acciones que más adelante abordaremos, y que se enancan sobre la base de un negocio societario subyacente ya creado.

## **II.b Aporte de participaciones sociales a un fideicomiso**

Continuando con el abordaje de los negocios fiduciarios en el ámbito societario, sin dudas la mayoría han oído o armado o interactuado con los denominados “fideicomiso de acciones”. Ahora bien, tratando de sumar estructuración academicista lo cierto es que las acciones como títulos valores pueden conformar un patrimonio fideicomitado, es interesante plantearse si el resto de las participaciones sociales también pueden resultar objeto de un negocio fiduciario.

En dicho andarivel debemos analizar si las partes sociales de las sociedades de personas o por parte de interés<sup>4</sup> (colectiva, capital e industria, comandita simple o el capital solidario de la sociedad en comandita por acciones, pueden ser objeto de un fideicomiso, y la respuesta que se impone en doctrina es en principio la negativa, ya que en principio no se trata de bienes determinados o determinables como rezan las normas del fideicomiso en el código al momento de requerir las pautas a cumplir como contenido del pacto de fiduciario (art. 1667 inc. a). Ello aunado al fuerte imperio personal en estas sociedades donde el capital se divide en partes de interés (775 CCCN).

Pero amen de lo expuesto no podemos dejar de expresar que las participaciones sociales de las sociedades colectivas por ejemplo pueden ser cedidas en los términos normados por el art. 1614 del CCCN, lo que puede indicar que incluso las

---

<sup>4</sup> Nissen, Ricardo A.; “Ley de Sociedades Comerciales” Comentada, Editorial La Ley Buenos Aires 2017, Tomo II, pág. 491.

mismas puedan ser insertas en un fideicomiso de administración o incluso en un fideicomiso de trazabilidad sucesoria o testamentario si la determinación contractual de los derechos y obligaciones que las mismas imponen puede superar el valladar de la indeterminación.

Incluso nos encontramos con sociedades en comandita simple, donde conforme la ley 17.565, conocida como “ley de farmacias”, se ha impuesto en la práctica y en muchos casos por necesidad del capital -socios capitalistas comanditarios que no pueden tener injerencia en la administración de una farmacia (art. 136 LGS)- que los farmacéuticos con título habilitante se transformen en socios comanditados sin ninguna injerencia real en la administración de la sociedad. Forzando la figura societaria y simulando que el farmacéutico participa como socio y no como realmente sucede en muchos casos es un simple empleado con responsabilidades sociales no reconocidas con dividendos en el marco ordinario conforme demarca la LGS.

En esos casos, donde la obligación del socio contiene parte o la totalidad de un territorio propio de una obligación de hacer *in tuito personae*, mal puede el socio pretender traspasar dichas obligaciones personales indelegables e indeterminadas en la figura de un fiduciario al frente de un patrimonio de afectación.

Con lo que deberemos tener cuidado y advertir la determinabilidad de las obligaciones de los socios y en su caso que no componga su participación o vinculación social una obligación de tinte personalísima e intransferible.

Ello no sucede en principio con las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada (SRL) dado su actual régimen patrimonial (art. 57 y 156 LGS), como tampoco en el caso de las sociedad anónimas (SA) y en comandita por acciones que se representan y vehiculizan por medio de títulos valores (art. 226 LGS).

### **II.b.1 La incorporación de acciones a un fideicomiso. Fideicomiso derivado.**

En grandes rasgos la doctrina ha sostenido que el aporte de acciones por parte de uno o más fiduciantes a un patrimonio fideicomitado, para ser ejercidos sus derechos por su nuevo titular fiduciario -conforme el alcance dado al pacto contractual de fiducia-, en beneficio de las personas que se indique y pasando las mismas una vez extinguido el fideicomiso al o los fideicomisarios designados, es un negocio contractual válido<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Molina Sandoval, Carlos, “Fideicomiso societario. Bases para una mejor utilización de la figura fiduciaria” ED 211-884 y ss.

Las acciones de la sociedad anónima pueden ser analizadas desde tres puntos de vista: a) como representativas de una parte alícuota del capital social (art. 163 ley LGS); b) como representativas de la calidad de socio, con los derechos y obligaciones respectivos (status socii); c) como “*títulos valores*” en torno a su modo de representación y transferencia (art. 226)<sup>6</sup>.

Las acciones, como indiscutidos “*títulos valores*”<sup>7</sup> conforme la doctrina alemana receptada por el actual CCCN (arts. 1815 sgtes. y ccdtes.) pueden ser transferidas a un patrimonio fideicomitado, y por ende pasar a conformar un dominio imperfecto administrado o ejecutado los derechos que de las mismas surgen por parte de su nuevo titular fiduciario. Accediendo por ende a sostener en líneas generales que las acciones se encuentran dentro del comercio (1667 inc. a y 1670 CCCN), más allá de las limitaciones que la propia ley de sociedades o los acuerdos parasocietarios le pudieran disponer en torno a la libre transmisibilidad o de ejercicios de los derechos que surgen de las mismas.

Recordemos que los derecho pueden ser calificados en patrimoniales: la participación a) en el capital; b) en las utilidades; c) en el fondo de reserva; d) en los resultados no asignados, e) en la cuota de liquidación; f) derechos suscripción preferente en los aumentos de capital a los fines de poder acrecer; entre otros y los no patrimoniales o político de voz y voto, destinado a la formación de la voluntad social; de gobierno, de administración, de control, de receso y, todo en un marco de resguardo al derecho de información del socio.

Dicha transmisión de dominio por cierto imperfecta de acciones (limitado en el tiempo y en el objeto de la fiducia, incluso revocable art. 1697 inc. b CCCN) debe tener un beneficiario o un destinatarios de los actos que despliegue el propio fiduciario en ejercicio de su territorio dominial. Signando a los destinatarios de tales actos dentro de los esquemas mentados en el contrato de fideicomiso. Dicho de otro modo, lo actuado por el fiduciario en este tipo de fideicomisos lo es con destino a un beneficiario necesario (art. 1666 CCCN “...quien se obliga a ejercerlo en beneficio de otra denominada beneficiario”), que dependiendo de la estructuración podrá ser uno o más beneficiarios, incluso con distinto alcance en los beneficios, podrá ser el propio fiduciante y hasta incluso de darse de las pautas de residualidad ante la extinción del fideicomiso, puede ser destinatario hasta el propio fideicomisario. Resaltando que el fiduciante

<sup>6</sup>Halperín-Otaegui, “*Sociedades Anónimas*”, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, Depalma, p. 307 y ss.

<sup>7</sup>Gomez Leo, Osvaldo R.; “*Títulos Valores y títulos cambiarios*” Edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot 2018, página 54 a 57, 67 sgtes. y ccdtes.

puede cumplir los tres roles, en caso de así preverlo el esquema contractual gobernada por la autonomía plena de la voluntad.

Ahora bien, resulta o puede resultar el fiduciario titular o sujeto legitimado a ejercer todos los derechos que surgen de las acciones, y en caso aplicarse las reglas estatutarias y legales respecto solo de su persona. La jurisprudencia, en materia de fideicomiso en general, en algún caso considero al fiduciario como exclusivo propietario y, en algún otro, como un dueño “aparente” de los bienes fideicomitados que obra virtualmente por cuenta del fiduciante, lo que incluiría, en nuestro caso, a las acciones.

Aun cuando pareciera que, como regla, debería considerarse lisa y llanamente al fiduciario como titular del status el socio íntegro, pleno y completo, la más autorizada doctrina que seguimos en el punto Eduardo M. Favier Dubois (h)<sup>8</sup>, “*sostiene que, lo cierto es que no siempre es así, ya que en el fideicomiso sobre acciones se presentan algunas particularidades*”.

Ello incluso abona a la teoría que la transferencia de los títulos valores por medio de la cesión o transferencia a un patrimonio fideicomitado se identifica con la idea de una transferencia o adquisición derivada<sup>9</sup> y no originaria y propia del derecho cambiario como sucedería con el endoso de la acción, prohibido en nuestro derecho.

Al respecto Kiper y Lisoprawski<sup>10</sup> sostienen que de ahí se fungen dos escenarios: uno interno en relación con las partes del contrato de fideicomiso y otro externo de cara a la sociedad en la que participa como verdadero socio.

Referenciando Favier Dubois (h) que, en primer lugar, lo fideicomitado son las “acciones” y ellas, como “títulos valores”, sólo le confieren a su titular una investidura formal: la “legitimación” para ejercer los derechos, pero no implican necesariamente la “propiedad” como tal, en el sentido del “estado de socio” que, como ya se señaló, no es en sí mismo objeto posible de fideicomiso.

De hecho, tal pauta doctrinaria va de la mano con las extremos de legitimación sustancial o formal del derecho cambiario, donde el fiduciario no siempre podrá asumir el rol de legitimado sustancial de los derechos que surgen del título valor.

---

<sup>8</sup> FIDEICOMISO Y RÉGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA. Eduardo M. Favier Dubois (h.) Publicado en: LA LEY 08/11/2010, 1 • LA LEY 2010-F, 842 • Enfoques 2011 (enero), 45 Cita: TR LALEY AR/DOC/7076/2010

<sup>9</sup>Gómez Leo, Osvaldo R., Ob. Cit. Página 151 a 153.

<sup>10</sup> Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, “Tratado de Fideicomiso”, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires 2012, página 441 sges. y ccdtes.

En segundo término, en el fideicomiso nos encontramos con un dominio “imperfecto” o “fiduciario” sobre las acciones, en los términos de los arts. 1701 sgtes. y ccdtes. del CCCN, o sea que no es pleno sino limitado (en tiempo y en objeto causal), lo que puede incidir, según el caso, sobre el haz de derechos, obligaciones y responsabilidades del socio.

En tercer lugar, el fideicomiso “desdobra” los derechos del socio en materia del derecho patrimonial al cobro de dividendos, que no lo coloca en cabeza del fiduciario sino del beneficiario y/o de lo que surja en forma concreta y necesaria del contrato de fideicomiso (arts. 1666, 1667 inc. d), 1671, 1672sgtes. y ccdtes. CCCN).

Finalmente, la ley admite expresamente la posibilidad que el contrato de fideicomiso limite, restrinja, sujete a instrucciones o condicione las facultades del fiduciario (art. 4º inc. c y conc. L.F), lo que también puede llevar al desdoblamiento de su estatuto de socio.

Es fundando en tales premisas que con acuerdo Favier Dubois considera que en el fideicomiso accionario puede existir un *desdoblamiento de la calidad de socio* y que los diversos derechos, obligaciones, prohibiciones, límites e incompatibilidades del accionista deben ser atribuidos ora al fiduciario, ora al fiduciante, ora al beneficiario, según el caso, previa indagación y teniendo en cuenta a los siguientes parámetros:

- a) La causa del concreto fideicomiso de que se trate, o sea, el negocio subyacente.
- b) Las limitaciones o autorizaciones dadas por el contrato al fiduciario y los derechos que se hubiese reservado el fiduciante.
- c) La dinámica de instrucciones o consultas que deba hacer el fiduciario al fiduciante o al beneficiario, siendo usual y de estilo la conformación en muchos casos de escenarios de asamblea o reuniones de fiduciantes y/o beneficiarios y/o fideicomisarios, para lograr con quorum y mayorías las definiciones o pautas a adoptar por el fiduciante.
- d) El juego del interés social o del interés individual del fiduciario, beneficiario, fideicomisario o fiduciante en cada supuesto concreto.
- e) La configuración o no de un centro autónomo de interés en la figura del fiduciario respecto de la situación de que se trata, teniendo incluso presente que en la nueva codificación incluso el fiduciario puede conformar el rol simultáneo de beneficiario (conforme art. 1671 primera parte CCCN).

De tal suerte que el juzgamiento del alcance de la legitimación derivada o for-

mal/sustancial, en su caso de los votos y de la legitimación para reclamar información, dividendos, ejercer derecho de preferencia, ejercer el derecho de receso, pedir convocatoria a asambleas, iniciar acciones de impugnación de decisiones asamblearias, transferir las acciones a terceros y/o preñarlas, se condicionará a las pautas precedentes a juzgar en cada caso.

Incluso el autos citado, referencia que el alcance de la intervención del fiduciario en un fideicomiso de acciones derivado tendrá extensión, alcance o análisis respecto de: 1) disolución y responsabilidad, 2) situaciones de control, 3) participaciones recíprocas, 4) acciones de inoponibilidad y/o de responsabilidad, 5) planteos de extensión de quiebras, 6) de inhabilitación en caso de quiebra, 7) alcance o no de inhabilitaciones de voto por interés contrario -dilucidando en beneficio de quien las acciones son administradas en cada caso concreto-, 8) contrataciones del fideicomiso con la sociedad de la cual el patrimonio de afectación posee acciones, 9) la imputación de responsabilidad en acciones de impugnación asamblearia, entre tantas situaciones o efectos a analizar, lo que incluso dirimirá si se deberá responder frente a terceros con el patrimonio fideicomitado como regla o también con el patrimonio de las partes del contrato en los supuestos de responsabilidad personal.

Claro que también deberán analizarse las estipulaciones contractuales previstas en el propio estatuto societario, donde suelen incorporarse cláusulas de estilo sobre la limitación a la libre transmisibilidad de acciones, las que en su caso no podrán ser violentadas o dejadas de lado por parte del fideicomiso de acciones a conformar, si es que el mismo pretende ser registrado conforme lo normado por el art. 215 LGS y oponerse a la sociedad -como deudora cedida- y terceros.

En torno a la finalidad o causa contractual de los contratos de fideicomiso de acciones podemos encontrar en el ejercicio profesional -sin intentar agotar todas las opciones solo demarcadas por el principio de la autonomía de la voluntad- las siguientes opciones: 1) sindicato o acuerdo parasocietario de accionistas a los fines de aunar criterios en torno a ciertas decisiones propias como para asumir el control social externo de derecho o para asegurar extremos de la vida societaria conjuntos, 2) a los fines de generar válvulas de escape y esquemas desempate en caso de sociedades cincuenta y cincuenta; 3) de garantía a los fines de asegurar el cumplimiento de una obligación estratégica o de asegurar el cumplimiento de un acuerdo de transferencia de acciones; 4) a los fines de conformar un fideicomiso de trazabilidad sucesorio de acciones<sup>11</sup> tendientes a permitir el ingreso de las nuevas generaciones a la sociedad, de facilitar la transgeneracionalidad acudiendo a la herramienta del pacto de herencia futura (art. 1010 CCCN), 5) directamente un protocolo de empresa familiar.

## II.b.2 Fideicomiso rogando una conformación societaria. Otro ejemplo de fideicomiso societario originario.

Vimos en el desarrollo precedente, como el fideicomiso puede ser el vehículo de algunas participaciones sociales -principalmente de acciones-, así como procedimos a analizar junto con la doctrina que se ocupa del tema, los diversos usos y finalidades para los cuales se conforman fideicomiso de acciones o de participaciones sociales.

Ahora bien, por estos días se ha planteado por ante los órganos de registro societarios presentaciones de fideicomisos -a través de sus respectivos fiduciarios y en el marco de las facultades que otorga el pacto de fiducia- rogando la conformación de una sociedad comercial. Supuesto que presentamos como dos fideicomisos diversos, rogando, requiriendo la inscripción de una sociedad anónima de la cual sus socios aportantes resultan en principio dos fideicomisos diversos, cuyo objeto faculta a los fiduciarios a aplicar los recursos aportados por los fiduciantes.

Claro que no podemos pasar por alto que la Ley General de Sociedades recepta en su artículo 1 el concepto de persona, y tenemos claro que el fideicomiso no es una persona jurídica, sino que el mismo resulta un contrato por medio del cual se admite la conformación de un dominio imperfecto. Pero a nadie le pasará tampoco por inadvertido que la doctrina y la jurisprudencia desde hace años admite la conformación, funcionamiento y operatividad de los denominados vulgar y genéricamente “*fideicomiso de acciones*”. Estos últimos, contratos de fiducia donde los fiduciantes -titulares de acciones o de las participaciones sociales habilitadas en principio a ser aportadas a una fiducia- le requieren a una tercera persona denominado fiduciario que proceda a administrar los derechos patrimoniales y no patrimoniales que surjan de dichas participaciones que conforman el patrimonio de afectación.

Entonces y jugando con las variables doctrinarias que se pudieran generar podemos simular dos corrientes:

La primera de ellas indicará que lo planteado en el caso es inviable desde el punto de vista jurídico, y el argumento será lisa y sencillamente por cuanto el art. 1 de la LGS indica que quienes pueden conformar una sociedad son o deben ser personas y no patrimonios o contratos como en el caso del fideicomiso.

La segunda indicará que amen de la redacción del artículo 1 de la LGS, la doc-

---

<sup>11</sup> PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA EN LA DINÁMICA SOCIETARIA. FIDEICOMISO DE TRAZABILIDAD SUCESORIA: UNA VARIABLE INTERESANTE David, Marcelo A. Publicado en: RCCyC 2019 (mayo), 3 Cita: TR LALEY AR/DOC/824/2019

trina<sup>12</sup>, los organismos de registro y la jurisprudencia<sup>13</sup> han habilitado que los fideicomisos de acciones no solo tengan reconocida carta de ciudadanía<sup>14</sup> y eficacia legal, sino que hasta incluso resultan usuales en escenario de pactos de herencia futura, esquemas o vehículos para asegurar el desempate en caso de votaciones en la administración social, sindicato de acciones, planificaciones familiares, entre otras opciones.

Seguido de los argumentos habilitantes podemos decir que los fiduciarios que se encuentra fundando y dando causa fin al aporte y suscripción de nuevas acciones de una nueva sociedad anónima, sin dudas que cumplen por medio del negocio citado, con la presencia de la persona que en el fondo sustenta y subyace a la necesidad de personalidad de los aportantes a una sociedad a conformarse. Ello sustentando la doctrina del desdoblamiento gestado por el Favier Dubois, al que seguimos en el punto, aunque sostenemos que no siempre ese desdoble se perfecciona, y deberemos estar a las resultas del análisis del caso concreto.

Y también debemos estimar que si permitimos el fideicomiso de acciones de forma derivada o con posterioridad a la conformación de una sociedad anónima -lo que la mayoría de la doctrina convalida-, porque motivo no vamos a permitir que un fideicomiso -aporte a un patrimonio fideicomitado- participe de la gestación de una nueva sociedad -fideicomiso de acciones originario-. Por cuanto, sostener lo contrario sería como un sentido a todo lo expuesto y construido por la doctrina comercial respecto de la validez y utilidad legal del fideicomiso, donde pocas veces nos preguntamos sobre la personalidad de acciones en cabeza de un patrimonio no personificado de una sociedad ya conformada.

Claro que en este caso se deberá analizar la legitimación del fiduciario conforme el pacto de fiducia -causa- que habilite al mismo a participar del otorgamiento de un estatuto conformatorio de una sociedad anónima, superando un rechazo cómodo y desactualizado de dicho intento con el solo argumento de carecer de personalidad.

---

<sup>12</sup> FIDEICOMISO Y RÉGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA. Eduardo M. Favier Dubois (h.) Publicado en: LA LEY 08/11/2010, 1 • LA LEY 2010-F, 842 • Enfoques 2011 (enero), 45 Cita: TR LALEY AR/DOC/7076/2010

<sup>13</sup> "Orcoyen, Javier y otros c. Forlano, Carlos s/medidas precautorias", CNCivil, sala L, sent. Interlocutoria, C.1049441. "Maceda, Raul c. Quintana, Héctor s/PVE. s/tercería de dominio iniciada p/Eliana del Carmen Hidalgo Ruiz s/casación, Sup. Tribunal de Viedma, 24-3-93.

<sup>14</sup>Conf. PAOLANTONIO, Martín E., "El fiduciario como accionista: A propósito de la resolución 820/2005 de la Inspección General de Justicia", LA LEY, 2005-E, 1473

### III. CONCLUSIONES.

Resulta indiscutido en el derecho privado argentino que el fideicomiso es una herramienta válida, legal, versátil y sumamente útil como para vehiculizar diversas opciones de negocio y/o simplemente de organización patrimonial en un escenario de patrimonio de afectación por separado de quienes adoptan la decisión de conformarlo.

Variados son los usos de lo que denominamos fideicomisos societarios derivados, conocidos como “de acciones” en sentido genérico -gestados a partir de una sociedad ya conformada en los términos normados por el Capítulo 2 de la LGS-, al extremo que las causas de su otorgamiento resultan prácticamente inabordables en su bastedad, amén de la referencia a las vehiculizaciones más usuales y validadas por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro ordenamiento.

Pero lo cierto es que la doctrina a la fecha poco a debatido sobre la instrumentación de un negocio social sobre la base del pacto de fiducia, o la participación de un fideicomiso en la conformación inicial y fundacional de una sociedad. Extremos ambos en donde caracterizamos a los fideicomisos vinculados al derecho societario como originarios o creadores de un negocio social, bien sea porque lo contiene o bien porque participan del otorgamiento del acto constitutivo de una sociedad regular o no formal dependiendo el supuesto.

Promoviendo por medio de la presente ponencia la legalidad tanto de los fideicomisos societarios originarios como derivados -de acuerdo a la académica caracterización de uno y otro- en el marco de conformación y adecuación a las incipientes pautas vertidas por la doctrina y reforzadas por el presente trabajo. Dando un voto más de confianza y difusión a una de las herramientas contractuales más versátiles y útiles del derecho privado argentino a la fecha, resaltando su neutralidad y afectación patrimonial, en un derecho que se gestó casi en su totalidad al amparo de las personas y no de los patrimonios no personificados representados en los pactos de fiducia, quienes a la fecha vienen ganando sendos adeptos y usos en nuestro derecho.

## REFLEXIONES EN TORNO A LA ZONA DE CRISIS DE CRISIS Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA<sup>1</sup>

**Dr. Fernando Javier Marcos**

Colegio de Abogados de Mercedes.

---

### PONENCIA

Quando la sociedad ingresa en una *zona de crisis* patrimonial los deberes fiduciarios de los administradores de obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios, se ven obligados no cambian de destinatario en el régimen legal argentino, es decir, la sociedad e, indirectamente, los socios.

No obstante, cuando las dificultades económicas y financieras comienzan a dar muestras de cierta persistencia y, en especial, de un constante agravamiento que deja a la vista que no se trata de algo circunstancial y pasajero que no amerita acciones de mayor envergadura, se activa el deber de obrar con mayor cuidado y pleno conocimiento de las cosas que prevé el artículo 1725 del Código Civil y Comercial, agravando así, la responsabilidad de los administradores, quienes ante un panorama de tal complejidad deberán llevar a cabo todos los actos y gestiones para superar la crisis y, en especial, para prevenir, no agravar o mitigar el daño que la pre-insolvencia o la insolvencia puedan causar a la sociedad, a los socios y, principalmente a los acreedores sociales, siempre, en cuanto de ellos dependa (artículo 1710, Código Civil y Comercial).

Esta responsabilidad, especialmente regida por los artículos 59 y 274 de la ley 19.550, no se altera en absoluto ante la crisis.

---

<sup>1</sup> Este trabajo fue publicado bajo el título “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores de sociedades en la legislación argentina” en la Revista Argentina de Derecho Societario - Número 32 - Diciembre 2022. Fecha: 20-12-2022 de la Universidad Austral editada por IJ Editores (Cita: IJ-MMMDCCLXVII-966), donde se profundizó lo planteado en la ponencia titulada “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores” presentada en el “XV CONGRESO ARG. DE DER. SOC. - XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DER. SOC. Y DE LA EMPRESA”, Córdoba, 2022, Libro de Ponencias, T. IV, p. 129 y ss. y en la ponencia “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores. Sus alcances”, presentada en LXXV ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES realizado en Avellaneda, los días 30 de junio y 01 de julio de 2.022.

En consecuencia, tal estado de cosas obliga a los administradores societarios a proceder en casos como el que se vienen analizando, con mayor cuidado, celo y buena fe, desplegando toda acción a su alcance para sortear las dificultades y, principalmente, para evitar perjudicar a los acreedores, cuyos créditos deben ser satisfechos previamente, para que luego los socios puedan volver a percibir sus dividendos legítimamente.

---

## I. INTRODUCCIÓN AL TEMA. PRIMERAS CONSIDERACIONES

1. La escasez que sobreviene y que paulatinamente se va agravando cuando un sujeto, en especial, de una sociedad, ingresa en los sinuosos caminos que conducen a la insolvencia, motoriza todo tipo de ideas direccionadas hacia el lógico objetivo de tutelar su patrimonio y de lograr su recomposición, cuando es menester, porque aquel constituye la garantía común de los acreedores, tal como lo explicita actualmente el artículo 242 del Código Civil y Comercial, el cual se encuentra integrado por los bienes presentes y futuros del deudor, según lo indica el artículo 743 del mismo código.

Para poder materializarlo, además de las diversas acciones previstas por el legislador para proteger la integridad del patrimonio e intentar que los bienes regresen al redil del que no debieron salir, cuando ello hubiese sucedido, otra forma de alcanzar esa meta, en parte, es mediante la promoción de *acciones de responsabilidad* para obtener la reparación del daño injustificadamente causado al ente, a los accionistas e, incluso, a terceros, por parte —en el caso que ocupa estas líneas— de los administradores de sociedades, reguladas estas acciones, tanto por la societaria como por la ley concursal (artículos 276, 277, 278 y 279, ley 19.550 y artículo 173, ley 24.522).

En esa dirección, las cosmovisiones sobre este especial capítulo del derecho societario de la responsabilidad de los administradores son diversas y se acrecientan cuando el obrar de estos se evalúa frente a la *crisis* de la compañía que, vale aclarar antes de avanzar, comprende necesariamente etapas previas a la *insolvencia*, identificada esta última en nuestra Ley de Concursos con la *cesación de pagos*, o sea, “es el estado de un patrimonio impotente para afrontar las obligaciones que lo gravan”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ, Raymundo, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, Ed. Cía. Impresora Argentina S.A., 1937, p. 274.

La referencia a esas instancias anteriores al momento en que se instala definitivamente la patología patrimonial antes destacada, merece puntual cuidado y atención a la hora de analizar el comportamiento de los administradores, quienes por su rol y a causa de la manda legal que les impone el deber de *obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios*, se ven obligados —*deben*— a tomar decisiones razonables y oportunas para evitar dicha crisis, o para no agravarlas o para mitigar sus consecuencias, según sea la instancia en la que la sociedad se encuentre pero, fundamentalmente, para superarla si es posible.

Naturalmente que ello no solo compete a los administradores, sino también y, en gran medida —aunque no siempre—, también a los socios, pero aquí nos ceñiremos exclusivamente a la problemática que propone el título de este ensayo.

2. Actuar dentro de los parámetros legales que impone el artículo 59 de la ley societaria, significa —en cuanto dependa de tales administradores— prevenir el daño, decidir y obrar en consecuencia con el profesionalismo que se deriva de esa responsabilidad agravada del buen hombre de negocios a la que hice mención anteriormente, velando por el interés social, el de los accionistas y el de los terceros que potencialmente se puedan ver perjudicados por las dificultades que provoque el incumplimiento de las obligaciones a su cargo por parte de la sociedad deudora.

Es común que esas dificultades para cumplir, comiencen en la mayoría de los casos —mas no necesariamente en todos—, asociadas a una inadecuada gestión y, en ocasiones, también a una progresiva *infrapatrimonialización* causada por el mayor, constante y, cada vez, más costoso endeudamiento que se va gestando ante la imposibilidad sostenida de resolver el déficit con otras medidas o acciones económicas y financieramente más potables y superadora que solo *tomar deuda para pagar cada vez más deuda*, como tantas veces se ve.

Ahora bien, en particular, desde la sanción de la ley 26.994 que dio vida en nuestro ordenamiento jurídico al nuevo Código unificado y, entre otras, a parciales reformas al texto de la ley 19.550 —ahora Ley General de Sociedades—, los abordajes y los alcances de aquella responsabilidad, básicamente de gestión y de administración de una *empresa* —esta última, característica constitutiva impuesta a la sociedad por el artículo 1° de la ley 19.550— y, por cierto, de un *patrimonio ajeno* —el de la sociedad—, se han profundizado con importantes análisis y argumentos.

Se agrega a esto, la tendencia general a lo que se ha dado en llamar el *ensanchamiento de la responsabilidad*, a cuyo impacto no fue ajeno el campo del derecho

en el que transcurren los temas en los que se centran las cuestiones que se tratan en estos párrafos.

3. Con distintos matices, se encuentran aquellos que, con una perspectiva más integradora de las normas especiales y del Código citado, arriban a conclusiones que, con una apreciación menos rigurosa de los artículos 150 y 1709y, definitivamente más amplia de los artículos 1º, 2º y 3º, todos del Código Civil y Comercial, abren la posibilidad de extender la responsabilidad de los administradores de sociedades sobre la base de reglas previstas para los administradores de personas jurídicas privadas en *general*.

Pero también están quienes se apoyan para definir estas cuestiones en la ley societaria como norma especial y, por lo tanto, de aplicación preferente frente a las normas del Código Civil y Comercial, tal como lo disponen su artículo 150 y 1709<sup>3</sup> ya referidos, aunque sin dejar de reconocer la vigencia y aplicación de los preceptos que informan la *teoría general de la responsabilidad civil* regulada en el Código Civil y Comercial —y, anteriormente, en el Código Civil—, en tanto no se opongan a las reglas del régimen societario—y concursal—, grilla, adelanto, en la que me ubico.

Las distintas maneras de pensar, interpretar y aplicar el derecho societario que he sintetizado anteriormente —con las limitaciones que ello implica—, no solo se refleja en el campo de la responsabilidad, sino también, en el estudio de diversos temas vinculados directamente con las sociedades, como por ejemplo, el concepto y rol del capital social, especialmente cuando se ingresa en la compleja —a la hora de establecerla en la práctica— *zona de insolvencia*, o sea, “aquel estado de la sociedad en la que se encuentra en dificultades para atender normalmente su pasivo”<sup>4</sup>, es decir, que no puede cumplir con sus obligaciones exigibles en forma regular.

---

<sup>3</sup> Sobre el precepto del artículo 1709 del Código Civil y Comercial, medular para este análisis, destaco que en su inciso a) presenta un evidente error de redacción al indicar que se deben aplicar primero “las normas indisponibles de este Código y de la ley especial”.

Afirmo esto, porque no es razonable que “lo general” modifique “lo especial”, sino al revés.

Ese orden lógico antes mencionado, es el mismo que sigue el Código en diversos preceptos dirigidos a establecer reglas de prelación, siendo claros ejemplos de ello, además de los ya indicados, el artículo 963 para los contratos, los artículos 1094 y 1095 para las relaciones de consumo y el artículo 1834 para los títulos valores caratulares.

Al respecto, es interesante la opinión de Galdós en tal sentido (LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y GALDÓS, Jorge M. (autor), *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pp. 292-3.

<sup>4</sup> LORENTE, Javier, “Pautas de conducta de los administradores sociales cuando la sociedad se encuentra en ‘zona de insolvencia’. Responsabilidad hacia terceros (acreedores)”, ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario. V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, libro de ponencias, p. 468.

Fue por estas razones que he considerado relevante mencionar dicho estado de cosas, dada su directa implicancia en el tópic que aquí se analiza.

## II. ZONA DE INSOLVENCIA O ZONA DE CRISIS

1. Desde la perspectiva que he expresado en el punto anterior y para tratar el tópic bajo estudio, personalmente prefiero referirme a esta particular situación o estado patrimonial como *zona de crisis*, en lugar de *zona de insolvencia*.

Ello, no solo para evitar que se la pueda vincular conceptualmente —al menos en el ámbito del derecho argentino— con la insolvencia misma o cesación de pagos, sino para incluir dentro de esta denominación a la *pre-insolvencia*, o sea, esa instancia donde comienzan a vislumbrarse las dificultades económicas y financieras con rasgos de generalidad sobre el patrimonio que, habitualmente, por no decir casi siempre, preceden a la cesación de pagos —insolvencia económica— que regula nuestra ley concursal, en muchas ocasiones asociada a progresivos procesos de *infracapitalización material* o de *infrapatrimonialización*, como se los quiera denominar.

Al margen se dan situaciones sorprendidas que degeneran en una insolvencia directa, motivada ello por algún evento grave que la desencadena.

Yadarola, refiriéndose a la cesación de pagos, sostuvo acertadamente que esta es un “estado económico del patrimonio”<sup>5</sup>, algo que es obvio, porque este *hecho económico* precede y se identifica a la vez, con el presupuesto objetivo de origen jurídico que habilita el acceso a las herramientas legales previstas para evitar la quiebra o, en su caso, para liquidar la masa de bienes del deudor cesante cuando la insolvencia es definitiva.

Sin duda, esta idea del *estado económico del patrimonio* se puede extender a la *crisis*, como presupuesto más amplio que, en el futuro, debería formar parte de nuestra legislación concursal, porque es una obviedad que las dificultades previas o la *pre-insolvencia*, también responden a esa conceptualización.

2. Entiendo que hablar de *zona de crisis* es la forma más adecuada de identificar realmente y en toda su dimensión, ese período temporal que comienza cuando aparecen esas primeras alarmas o alertas que, por su relevancia, reiteración o paulatino

---

<sup>5</sup> YADAROLA, Mauricio, “El concepto técnico-científico de Cesación de Pagos”, en *Homenaje a Yadarola, Héctor Cámara (Coord.)*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, T. II, p. 211 (Publicado originariamente en “*Jurisprudencia Argentina*, octubre de 1939).

agravamiento, no pueden pasar desapercibidas para un administrador que se desempeña con el debido cuidado que exige la responsabilidad profesional del *buen hombre de negocios*, que aquel asumió al aceptar gestionar y administrar los negocios societarios y el patrimonio de dicho ente.

Me refiero, entre otras, a señales como el sobreendeudamiento de la compañía, la falta de liquidez o el insuficiente flujo de caja para cumplir con las obligaciones asumidas y exigibles o para llevar a cabo el objeto social, o la infracapitalización y, en especial, la infrapatrimonialización de la sociedad ya citadas.

De todas formas, se debe resaltar antes de continuar, que determinar cuándo comienza esa zona de crisis no es tarea fácil, ni se identifica necesariamente con el mero hecho del incumplimiento de una obligación exigible. Es una tarea mucho más compleja que exige un tratamiento prudente y realista, para no recrear situaciones que permitan sustentar imputaciones de responsabilidad que desnaturalicen el principio que exige como pauta esencial, que se verifique un *daño* que denomino *injustificado o injusto* — como condición para hablar de *antijuridicidad* —, el cual se configura cuando es causado por una acción u omisión que no está justificada (artículos 1717 y 1718, Código Civil y Comercial).

**3.** Hice hincapié en la *infrapatrimonialización*, porque, sin desconocer la función que la ley 19.550 da al capital social, es definitivamente el *patrimonio*, o sea, el conjunto de bienes que integran el activo de la sociedad *la verdadera garantía para los acreedores*, algo que se desprende con precisión de los ya mencionados artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial.

La correcta dimensión y función del patrimonio impactó favorablemente en las *personas jurídicas privadas*, al disponerse que estos sujetos deben tener uno (artículo 154, Código Civil y Comercial), dejando de lado la mención al capital, cuya calidad estática denota su inutilidad como verdadera y real garantía frente a los acreedores sociales.

A tal punto es el lugar que se da al patrimonio en el Código, que como causal de disolución de una persona jurídica privada se establece, no la pérdida del “capital” sino “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, o sea, su ese patrimonio (artículo 163, inciso “i”, Código Civil y Comercial).

Lamentablemente, no corrió la misma suerte la ley 19.550 a pesar de su reforma, pues sigue sosteniendo el concepto de capital social “nominal” (artículo 11, inciso 4º) y como causal de disolución “la pérdida de capital social” (artículo 94, inciso 5º), con las graves y, en principio, casi automáticas consecuencias que en la respon-

sabilidad de los administradores prevé el artículo 99, cuando es obvio que lo verdaderamente relevante es el patrimonio de la sociedad y su suficiencia para responder por el pasivo.<sup>6</sup>

Lo cierto es que el debate sobre este punto se encamina hacia aquello que sí es verdaderamente relevante como garantía, dejando atrás una valoración del capital social que, en mi opinión, se desentiende de la realidad, porque en los hechos, no termina siendo garantía cierta de nada.

Como lo enseñó Vivante hace años, “este capital nominal y abstracto (*nomen juris*) llena frente al patrimonio o capital real, la función de un recipiente destinado a medir el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. La confusión entre estos dos instrumentos de la vida social, el uno formal y el otro material, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos para la interpretación de la ley, si no se les tiene bien diferenciados”.<sup>7</sup>

Todo lo expuesto, hace que, para evaluar adecuadamente la responsabilidad de los administradores durante su gestión se deba hacer foco en el estado del patrimonio social y su evolución, porque la sola pérdida de capital nominal no recompuesto, existiendo un patrimonio real, no puede generar una responsabilidad automática en los administradores e, incluso, en los socios más allá de la propia del tipo social.

Deben acreditarse para que el deber de resarcir se ponga en funcionamiento, todos los casos los presupuestos de la responsabilidad civil, es decir, la antijuridicidad, un daño injustificado, un factor de atribución de responsabilidad *subjetivo* —en el caso de los administradores societarios, dada la especialidad de su responsabilidad<sup>8</sup>— y una relación de causalidad adecuada entre dicho daño y la conducta del agente.

---

<sup>6</sup> VIVANTE, Cesar, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. Reus, 1932, Vol. II, p. 207: “El patrimonio de una sociedad es el conjunto de todas las relaciones jurídicas de que ella es titular, relaciones de propiedad, de goce y de garantía sobre cosas corporales e incorporales. Dicho patrimonio es esencialmente mudable según las vicisitudes de la industria, pero conserva constantemente los caracteres jurídicos de una universalidad de derecho, inscripta y perteneciente al ente social. ... En contraposición al patrimonio o capital efectivo, esencialmente mudable, existe el capital nominal de la sociedad, fijado establemente por una cifra contractual, que tiene una función contable y jurídica, una existencia de derecho y no de hecho. Todos los esfuerzos legislativos tienden a hacer coincidir el valor del patrimonio social con el importe del capital en el momento en que se constituye la sociedad; después de esa momentánea coincidencia desaparece favorable o desfavorablemente, según las vicisitudes económicas de la sociedad”.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>8</sup> MARCOS, Fernando J., “La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación”, *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, Año II, n° 10, nov. 2016, pp. 189-212).

En resumen, sin ingresar en un debate que supera el objeto de estas líneas, aun cuando se pretenda sostener que el capital nominal cumple una función de garantía, considero que ello es “una absoluta falacia argumental impedida de cumplir fin tuitivo alguno”<sup>9</sup>, porque el valor que representa ese capital solo se mantiene invariable en la contabilidad, dado que inmediatamente a la constitución de la sociedad esos fondos pueden ser aplicados al giro del negocio, significando ello, en los hechos, que puede ser consumido inmediatamente al día siguiente de ser conformado el ente.

4. Ahora bien, hablar de *zona de crisis* es importante, porque la *solvencia* de un sujeto tiene diversas aristas que no se reducen a la mera cesación de pagos como detonante de los problemas que lo van llevando hasta las puertas del concurso o de su propia quiebra.

Los bienes que conforman el patrimonio de una persona, la relación de su activo y pasivo —solvencia económica— y la capacidad de aquel para pagar —repago— en términos de liquidez, o más precisamente, “de poder satisfacer sus obligaciones con los medios regulares disponibles”<sup>10</sup> de acuerdo a su situación patrimonial —económica y financiera—, determinan su *solvencia (in bonis)* o, en caso contrario, su *insolvencia (in malis)*, supuestos reconocidos por el ordenamiento legal y que según la forma como se manifiesten van a producir distintos efectos, siendo el último de ellos —la cesación de pagos— *conditio sine qua non* para dar paso a la apertura del concurso preventivo.

La solvencia en sí exige que se den dos requisitos que han sido calificados como *estático* y *dinámico*.<sup>11</sup>

El primero, se presenta cuando el pasivo es inferior al activo que debe atender, o sea, que se presenta como un mero desequilibrio aritmético —*solvencia contable*, mientras que el restante, se configura cuando el deudor puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles —*solvencia económica*—.

Contrariamente, la sola *insolvencia contable* —desequilibrio aritmético-estático, entre un activo menor que el pasivo— no alcanza para abrir el concurso, sino que es necesario que se presente y exteriorice la *insolvencia económica* o cesación de pagos

---

<sup>9</sup> LÓPEZ TILLI, Alejandro, *Financiamiento de la empresa*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 43.

<sup>10</sup> GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, p. 9.

<sup>11</sup> PORCELLI, Luis A., *Régimen Falencial- Análisis Metodológico*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi S.R.L., 2010, p. 45.

—sinónimo jurídico de la insolvencia para la legislación argentina—, para cuya conformación se prescinde de aquel desequilibrio estático entre activo y pasivo, para materializarse ante el estado de impotencia del patrimonio para hacer frente o cumplir con las obligaciones que lo gravan ante la exigibilidad de las prestaciones adeudadas<sup>12</sup>.

El problema es que cuando ese estado adquiere tal relevancia para la ley concursal, es porque ya se ha consolidado una deficitaria situación económica, pero principalmente de orden *financiero*, porque lo que se ve esencialmente afectada es la liquidez del deudor, quien no cuenta ya con la disponibilidad de efectivo suficiente para atender sus obligaciones, ni con otros recursos regulares para hacerlo, tales como el acceso a la apertura de crédito bancario disponible o de otros bienes o recursos financieros fácilmente liquidables.

De ello se sigue la importancia de incluir como presupuesto objetivo en nuestro sistema legal concursal a *la crisis*, entre otros como el sobreendeudamiento, además de sistemas de *alertas* como lo hace la legislación italiana, que sirvan para anticiparse a la insolvencia, siendo insuficiente la posibilidad más amplia que habilita la ley en el caso del acuerdo preventivo extrajudicial —APE— (artículos 69 y ss., ley 24.522).

5. Establecidas estas ideas básicas, se puede advertir que la *crisis* no es algo que se produce en forma repentina, sino que es un proceso que se va dando, al menos en gran parte de los casos, de manera paulatina, por lo que definir o advertir cuando se está ingresando en una zona donde los problemas se van a generalizar o, si se trata de una situación pasajera, estacional o específica que se va a poder sortear, no es tarea fácil.

Es que las empresas tienen dificultades a lo largo de su existencia, pero no todas son disparadoras de una crisis económica y financiera patrimonial que sea relevante como para repensar si la responsabilidad de los administradores debe sufrir algún tipo de cambio, agravamiento o giro especial, especialmente cuando la dinámica de los negocios lejos está de ser lineal.

Sin duda, insisto, muchas veces resulta complejo determinar cuándo comienza o se manifiesta esa *zona de crisis*.

---

<sup>12</sup> BERSTEIN, Omar R., *Inminente Cesación de Pagos – Necesaria ampliación del presupuesto objetivo del concurso preventivo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, pp. 17-24.

Autores como Junyent Bass, quien habla de “zona de insolvencia”, la ubican siguiendo lo establecido por el artículo 174 de la ley 24.522 —que extiende la responsabilidad concursal que prevé el artículo 173 de la ley concursal—, a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos<sup>13</sup>.

No obstante, en la práctica, los hechos económicos que la desencadenan no siempre aparecen con la contundencia o claridad, algo que complica su real determinación.

### III. MARCO FÁCTICO Y LEGAL DONDE SE DIRIME LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES

1. Sobre este punto, la ley 19.550 da pautas delimitantes de la responsabilidad de los administradores en sus artículos 59 y 274.

En el primero de ellos, como ya fue señalado, dispone que “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, para luego hacerlos responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión cuando incumplan con tales deberes.

A su vez, el artículo 274 mencionado establece 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”.

Como lo describió en su oportunidad Otaegui, el artículo 59 mencionado, “incluye la responsabilidad por las funciones de gestión operativa y empresaria sujetas a las pautas de lealtad y diligencia, y la responsabilidad por las funciones de representación y cogestión societarias reguladas por la ley o el estatuto, lo que constituye la responsabilidad por *la violación de la ley, el estatuto y el reglamento*, que explicita la LS, art. 274”<sup>14</sup>.

Estas normas definen y delimitan la responsabilidad de los administradores so-

---

<sup>13</sup> JUNYENT BAS, Francisco, conferencia dictada en el marco de la Jornada sobre “Disolución por pérdida de capital social y concurso”, organizada por los Institutos de Derecho Concursal y de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro, realizada 8/6/2022, donde también disertó el Dr. Ariel A. Dasso.

<sup>14</sup> OTAEGUI, Julio C., *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, p. 389.

cietarios de manera específica y por encima de cualquier otra contenida en el Código Civil y Comercial, pues rige la prelación normativa de la ley societaria frente al Código, tal como lo regulan los artículos 150 y 1709 de este último, en virtud del principio de la *lex specialis* que da preferencia a la norma especial frente a otra de aplicación más general.<sup>15</sup>

Y cuando nos adentramos en las reglas concursales, es decir, las que regulan la situación patrimonial del deudor *in malis*, también adquieren trascendencia preceptos como el artículo 142 y, en especial, el artículo 173 de la ley 24.522 que se ocupa de la responsabilidad concursal propiamente dicha.

Esta última exige para su aplicación que se acredite el *dolo* como único factor de atribución admitido por la norma, concepto que fue remozado y reformulado por el artículo 1724, segunda parte, del Código Civil y Comercial al definirlo como “la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

**2.** Tal como lo he expresado en otros trabajos, la especialidad de la ley societaria y de la ley concursal no significa excluirla aplicación de la teoría general de la responsabilidad civil que contiene ahora el Código Civil y Comercial, al igual que lo hacía antes el Código Civil, sino todo lo contrario.

Concretamente, sostengo que la reresponsabilidad Administradores de sociedades—y también de los socios, agrego—es de carácter especial y se encuentra regulada exclusivamente por la Ley General de Sociedades —y por la ley 27.349 para las SAS—, razón por la cual, no son aplicables las reglas previstas por el Código Civil y Comercial para las personas jurídicas privadas sobre el particular, con excepción de las normas que en general regulan la responsabilidad civil, en la medida que estas no se opongan o modifiquen las disposiciones de la ley societaria (artículos 150 y 1709, Código Civil y Comercial)<sup>16</sup>.

**3.** Un aspecto sustancial a tener en cuenta es el *riesgo empresarial* que caracteriza a los negocios y a la actividad de estas organizaciones con independencia de su envergadura.

---

<sup>15</sup> NINO, Carlos S., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984, p. 275.

<sup>16</sup> MARCOS, Fernando J., “La vigencia de la especialidad de la responsabilidad societaria”, ponencia presentada en el “XV CONGRESO ARG. DE DER. SOC. - XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DER. SOC. Y DE LA EMPRESA”, Córdoba, 2022, Libro de Ponencias, T. IV, p. 137 y ss.

Los empresarios “se desenvuelven dentro de un mercado de riesgo constante”<sup>17</sup>, circunstancia y contexto del que no se puede prescindir para efectuar un diagnóstico útil y, principalmente, para proponer alternativas o salidas útiles y de posible realización para superar la crisis.

La visualización y comprensión de tal estado de riesgo cierto, deja expuesto que el administrador no es responsable por el resultado de los negocios.

Es así que, para evaluar el proceder de quien ejerce la administración de acuerdo a los deberes legales a cargo, pero también, para también dar previsibilidad y seguridad a estos, nace en el derecho inglés y luego se desarrolla en el derecho norteamericano la denominada *business judgment rule* —reglas de juicio empresarial, de los negocios, de discrecionalidad—, que permiten deslindar responsabilidad a los administradores societarios cuando estos obraron de buena fe, en pos del interés social —sin interés personal—, con diligencia profesional y considerando la información disponible.<sup>18</sup>

Todas estas reglas o pautas de actuación tienen presente el contexto donde se da la actividad empresarial que no es otro que el mercado, el cual, si bien no puede servir como excusa para justificarlo todo, representa ese marco donde se debe medir y evaluar la dimensión del deber de cuidado y de previsibilidad para confrontar conducta obrada con la debida —del buen hombre de negocios—.

Para ello, conforme lo establecía el artículo 512 del Código Civil, ahora replicado básicamente por el 1724 del Código Civil y Comercial cuando da el concepto de culpa, la medida de la omisión de la diligencia debida estará determinada *por la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar* —culpa en concreto—. Puro sentido común que se traduce en lo jurídico como razonabilidad.

Esta señera norma que opera como soporte fundamental de un sistema que, a pesar de los avances de la responsabilidad objetiva, continúa asentado sobre la base de la *culpa* (véase artículo 1721, *in fine*, Código Civil y Comercial).

Tales antecedentes me permite sostener que tales reglas de juicio empresarial son conceptualmente aplicables actualmente en el derecho argentino aunque no integren cuerpo normativo alguno, porque no hacen más que delinear para el caso de la administración societaria, esas pautas contenidas en el citado artículo 1724 que

---

<sup>17</sup> DOBSON, Juan Ignacio, *Interés Societario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 144.

<sup>18</sup> Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades 19.550, año 2019, elaborado por la Comisión integrada por los doctores Rafael N. MANÓVIL, Guillermo R. RAGAZZI, Alfredo L. ROVIRA, Gabriela S. CALCATERRA y Arturo LIENDO ARCE. Véase su artículo 59 quinquies.

obliga al intérprete a la hora de evaluar la conducta obrada por el administrador, cuál era la *debida* según la ley, la índole de las obligaciones a su cargo, las circunstancias y el contexto donde su accionar se despliega.

Prescindir de todo esto restaría al análisis y eventual imputación dirigida a un sujeto, todo sustento jurídico válido, porque la responsabilidad siempre se debe evaluar en cada caso y en concreto, sin que ello reste importancia al patrón abstracto del “buen hombre de negocios”, que hace referencia a una exigencia mayor y profesional que la norma hace a quienes se desempeñan en la gestión societaria.

En conclusión, sería jurídicamente irrazonable y absurdo, por ejemplo, responsabilizar a un administrador que, a pesar de su diligencia, no puede impedir la insolvencia de la sociedad si la empresa es condenada por “la ley del mercado”<sup>19</sup>.

#### IV. ZONA DE CRISIS Y RESPONSABILIDAD, ¿ALGO CAMBIA?

1. Pues bien, ingresando en el objetivo propuesto al inicio, se debe tener presente que el deber de diligencia y lealtad del buen hombre de negocios que directamente tiene como destinataria a la sociedad e, indirectamente, a sus socios, inexorablemente lleva implícito, obviamente, el deber de obrar con buena fe, de ejercer regularmente los derechos, sin incurrir en fraude a la ley y causar un daño injustificado —violación del deber jurídico de no dañar—, razón por la cual, tal accionar y dentro de esos parámetros, indirectamente va a redundar inexorablemente en beneficio de los acreedores de la sociedad.

Afirmo esto, porque no sería jurídicamente admisible y, menos aún, viable, administrar, gestionar y, a partir de ello, hacer negocios en el marco del objeto social y en beneficio del ente —y, a la postre, de sus socios—, sin cumplir a su vez, con los principios y preceptos que instituyen los artículos 9, 10 y 12 del Código Civil y Comercial, implícitamente contenidos en los artículos 59 y 274 de la ley 19.550.

Estos deberes legales condicionan y determinan el contenido y alcances de esa *conducta debida* que es exigible a los administradores de la sociedad, imponiendo a estos fundamentales actores obrar con prudencia, previsibilidad, cuidado y lealtad, además de motorizar las acciones necesarias para desempeñar correctamente su cargo en beneficio de la sociedad y los socios.

---

<sup>19</sup> SEGAL, Rubén, *Acuerdos Preventivos Extrajudiciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 21.

**2.** Frente a esto, corresponde ahora preguntarse, qué sucede si la sociedad ingresa en esa zona de crisis patrimonial porque comienzan a surgir esas señales de alerta: ¿se produce algún cambio sustancial en la responsabilidad de los administradores?

Ante ello se ha dicho que se produce un cambio de dirección de los deberes fiduciarios de los administradores —deber de cuidado/diligencia y de lealtad— hacia los acreedores sociales.

Lorente, señala que “constituye un principio particular del sistema concursal norteamericano el que los deberes fiduciarios de cuidado y lealtad que los administradores sociales y gerentes deben a la sociedad y los accionistas, emanados ellos de las leyes societarias locales (dictadas por cada Estado), cuando la entidad ingresa en lo que denominan “zona de insolvencia”, entonces, tales deberes fiduciarios sujetos a la regla de interpretación o juicio empresarial se amplían (en lo que a sujetos beneficiarios de tales deberes) hasta alcanzar a los acreedores”.<sup>20</sup>

Otros entienden que tales “deberes fiduciarios de los administradores sociales no mutan ni deben mutar de beneficiario, aun cuando la sociedad se asome a la zona de insolvencia”<sup>21</sup> o de crisis, como la hemos designado en párrafos precedentes.

O, simplemente, que, en nuestro medio, no es necesario acudir a la noción foránea de zona de insolvencia para justificar la responsabilidad de los administradores<sup>22</sup>.

Si bien esto demanda un desarrollo más profundo que el admitido por este comentario, ello no me impide establecer algunas pautas útiles para aplicar a estos casos que, en modo alguno, invalidan los criterios comentados en términos muy generales en los párrafos precedentes.

**3.** En primer término, no creo necesario hablar en el derecho argentino de un desplazamiento o mutación de deberes fiduciarios cuando la sociedad se encuentra en una situación de crisis patrimonial, más o menos instalada o definida, como la planteada.

---

<sup>20</sup> LORENTE, J., *op. cit.*, p. 470.

<sup>21</sup> DURPAT, Diego A. J. y PALAZZO, Carlota, “Deberes fiduciarios de los administradores de sociedades en zona de insolvencia. ¿Deben mutar a los acreedores?”, *La Ley*, 6 de junio de 2022, p. 4.

<sup>22</sup> VILLANUEVA, Julia, “La responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia social”, en *Diario La Ley*, 20/08/2019, p. 1.

Coincido con Julia Villanueva cuando sostiene que en nuestro derecho argentino no es necesario recurrir a la noción de zona de insolvencia para imputar responsabilidad a los administradores de sociedades, porque como lo expondré, las normas que regulan esa responsabilidad, tanto en la ley especial, como en el Código Civil y Comercial—en lo pertinente—, son suficientes para tratar el accionar de estos y sus eventuales consecuencias, de corresponder.

Aquí solo acudimos al concepto de *zona de insolvencia* o, como fue señalado, de *zona de crisis* a modo referencial y no porque sea necesario regular nada nuevo.

Entiendo que, frente a la crisis, el deber de obrar con diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios que se viene comentando, lo que hace es simplemente exigir de los administradores un mayor deber de actuar con diligencia, previsibilidad y prudencia en la gestión de los negocios sociales y del patrimonio de la sociedad que es la garantía de los acreedores, algo que es jurídicamente una obviedad.

Solo luego de satisfacer las obligaciones sociales los socios podrán percibir nuevamente —si correspondiere— dividendos.

Por lo tanto, si los administradores no cumplen con tales deberes, particularmente, al no desplegar las acciones que de ellos dependan para prevenir, no agravar, o disminuir los daños y perjuicios que el estado de pre-insolvencia o la insolvencia pueda causar a los acreedores sociales, se hará efectiva también su responsabilidad personal frente a estos si, además de acreditarse los presupuestos generales de la responsabilidad civil —antijuridicidad, daño, hechos de atribución y relación de causalidad adecuada— fundamentalmente se demuestra se ha transgredido, en todo o en parte, lo dispuesto por los artículos 59 y 274 de la ley 19.550.

En tal caso, los acreedores cuentan a su favor —y también de los socios— con las acciones individuales que prevé el artículo 279 de la ley 19.550.

Pero si los administradores han obrado con buena fe y ejerciendo regularmente sus derechos como tales, ninguna responsabilidad les puede caber ante un estado de crisis económica y financiera que afecte a la sociedad.

**4.** Por qué digo que no cambian de dirección o de destinatario los deberes fiduciarios que se vienen considerando.

Simplemente porque solo existe una forma lícita de ser diligente.

Me explico. Si el administrador obrara para favorecer a los socios en perjuicio de los acreedores mal podría hablarse de que actuó con *diligencia*, pues esta únicamente supone un comportamiento lícito que en este caso no habría verificado.

No existe una diligencia “ilícita”.

Para hablar de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, se debe haber actuado y gestionado los asuntos y negocios sociales, lícitamente y cumpliendo con tales deberes

Y si se lo hizo —especialmente en medio de una crisis—tomando las medidas a su cargo y alcance, también habrá procedido correctamente también respecto de los acreedores sociales —terceros—.

De ahí que no cambian de dirección o de norte los deberes fiduciarios, sino que estos se mantienen enfocados en la sociedad e, indirectamente en los socios.

Si se cumple lícitamente con ello, también se habrá cumplido con los terceros acreedores de la sociedad.

Como lo expondré a continuación, en el derecho argentino no hace falta redireccionamiento alguno, porque ciertas reglas en materia de responsabilidad civil cuya aplicación es pertinente en este campo societario dan la solución, determinando —adelanto— un incremento mayor exigencia en el cumplimiento de tales deberes fiduciarios a causa del cambio de escenario, en orden a la razonable previsibilidad de las eventuales consecuencias que se pueden derivar de una crisis, demandando de los administradores decisiones acordes y tempestivas.

**5.** Dije antes que en nuestro ordenamiento no es determinante evaluar si existe un cambio, redirección o mutación de los llamados deberes fiduciarios.

Insisto en ello, porque contamos con un precepto, el artículo 1725 del Código Civil y Comercial —versión remozada del artículo 902 del Código de Vélez—, que se conecta perfecta y armónicamente con el régimen de responsabilidad que contiene la ley 19.550, sin alterar el contenido y alcances de este último en absoluto, ni lo que he señalado en materia de responsabilidad sobre la especialidad del régimen legal societario y concursal.

Desde la plataforma que brinda el citado artículo 1725, se puede sostener que lo único que cambia, sin necesidad de efectuar complejos análisis de situación y de alternativas posibles, es la aparición de una mayor exigibilidad y esmero en el cumplimiento efectivo de esos deberes fiduciarios de diligencia y lealtad que, en lo relacionado con el deber de diligencia propiamente dicho, la norma mencionada dispone como pauta de valoración de la conducta obrada—por el administrador, en este caso— que, “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento

de las cosas, *mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”.

Perfectamente, esa mayor exigencia y, bajo tales condiciones, o sea, es mayor obrar con prudencia y pleno conocimiento que se espera de un administrador societario, también puede ser aplicable a la lealtad.

Por complejo que resulte, esto es lo que sencillamente ocurre.

Cuando una sociedad ingresa en esa zona de conflicto patrimonial generalizado —*zona de crisis*—, lo que se agrava es el deber de cuidado y lealtad con el que deben actuar los administradores, quienes deben obrar con buena fe, profesionalismo, previsibilidad y prudencia al gestionar la crisis.

Esto es así, porque se agrava la valoración de su conducta, lo que no significa exigirles aquello que no está a su alcance, sino un accionar útil, oportuno y responsable ante la crisis y de acuerdo a lo que razonablemente se espera de quien gestiona con cuidado y previsión.

Ello implica que, de ser necesario y de corresponder, “los administradores tienen el deber de exteriorizar la insuficiencia patrimonial a los socios”<sup>23</sup>, convocando a estos últimos para que tomen alguna decisión de índole patrimonial, sobre la base de la ley societaria o, en su caso, para que sometan a la sociedad al procedimiento concursal que corresponda, para tutelar a la empresa, los bienes que la integran—el patrimonio social— y el crédito, lo que implicara para estos ingresar en un régimen de mayor exigencia como es el que regulan los artículos 16 y 17 de la ley 24.522.

Comprende este menú de opciones que, destaco, no obliga a los socios con responsabilidad limitada a recomponer el patrimonio siempre que hubiera actuado lícitamente como tales, es decir, con buena fe y ejerciendo regularmente sus derechos, también el pedido de la propia quiebra de la sociedad, decisión que tomada oportunamente representa un verdadero obrar de buena fe en el marco de los negocios.

Pero lo que no puede pasar es la ausencia de un accionar razonable, diligente y oportuno frente a la crisis.

No hacer nada, no es una opción lícita, especialmente cuando la insolvencia provoca aquello que Satta describió con total claridad, al decir que entre los acreedores del fallido se termina dando “una natural solidaridad en las pérdidas”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> SCHNEIDER, Lorena R., *Responsabilidad del directorio y el riesgo empresario*, Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2022, p. 376.

<sup>24</sup> SATTÀ, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Rodolfo O. Fontanarrosa (trad.), Buenos Aires, Ed. EJE, 1951, p. 32.

Esto significa que, todos deben obrar con buena fe y celo, tutelando el patrimonio de la sociedad, cuya, insisto, integridad y protección es vital, porque ahora esos bienes sí tienen un principal destinatario si la insolvencia no se puede superar: la masa de acreedores.

Como se puede apreciar, las reglas de la responsabilidad civil aplicadas con razonabilidad y con la coherencia que manda el artículo 2º, *in fine*, del Código Civil y Comercial, en este caso, el artículo 1725 mencionado, se ajustan perfectamente y permiten modalizar los alcances de la conducta esperada de los administradores quienes, ante la crisis, deberán, como lo he destacado antes, con una mayor diligencia y previsibilidad para proteger el patrimonio de la sociedad que es la garantía final de los acreedores.

## V. ALGUNAS IDEAS FINALES PARA REPENSAR.

Corolario de todo lo que se viene exponiendo y planteando, es que cuando la sociedad ingresa en una *zona de crisis* patrimonial, los mentados deberes fiduciarios de los administradores no cambian de destinatario en el régimen legal argentino, es decir, de la sociedad e, indirectamente, los socios.

No obstante, cuando las dificultades económicas y financieras comienzan a dar muestras de cierta persistencia y, en especial, de un constante agravamiento que deja a la vista que no se trata de algo circunstancial y pasajero que no amerita acciones de mayor envergadura, se activa el deber de obrar con mayor cuidado y pleno conocimiento de las cosas que prevé el artículo 1725 del Código Civil y Comercial, agravando así, la responsabilidad de los administradores, quienes ante un panorama de tal complejidad deberán llevar a cabo todos los actos y gestiones para superar la crisis y, en especial, para prevenir, no agravar o mitigar el daño que la pre-insolvencia o la insolvencia puedan causar a la sociedad, a los socios y, principalmente a los acreedores sociales, siempre, en cuanto de ellos dependa (artículo 1710, Código Civil y Comercial).

Todo esto lleva al operador jurídico a tener que considerar necesariamente la naturaleza de las obligaciones a cargo de los integrantes del órgano de administración, como así también, la circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, es decir, el contexto —como ya fue expresado—, que no es otra cosa que evaluar la responsabilidad sin prescindir del ámbito propio donde se llevan a cabo la gestión y negocios societarios, cuyas características llevan a sostener que el riesgo empresarial y sus consecuencias no generan deber alguno de resarcir cuando la administración se ha

llevado adelante dentro de los parámetros legales vigentes (artículos 59 y 274, ley 19.550 y artículo 1725 del Código Civil y Comercial).

Esta responsabilidad, especialmente regida por los artículos 59 y 274 de la ley 19.550, no se altera en absoluto ante la crisis, entendida esta última con la amplitud expuesta<sup>25</sup>.

No obstante, obliga a los administradores societarios a proceder en casos como el que se vienen analizando, con mayor cuidado, celo y buena fe, desplegando toda acción a su alcance para sortear las dificultades y, principalmente, para evitar perjudicar a los acreedores, cuyos créditos deben ser satisfechos previamente, como ya se dijo, para que luego los socios puedan volver a percibir sus dividendos legítimamente.

De no cumplir con el mandato legal de obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios al detectar problemas que pueden afectar la situación patrimonial de la sociedad, es decir, si no proceden con ese mayor cuidado y profesionalismo que la situación razonablemente demanda, quedarán expuestos a las acciones de responsabilidad social y concursal y, cuando corresponda, a las acciones previstas por el artículo 279 de la ley 19.550 les concede a tales acreedores y también a los socios.

En síntesis, el sistema legal argentino provee todas las reglas y herramientas para evaluar y atender las derivaciones que generen responsabilidad de los administradores de sociedades por su accionar en medio de una *zona de crisis*, quedando en claro que sus deberes fiduciarios no mutan o cambian de destinatario, sino que solo es necesario aplicar los preceptos de la ley especial y, en su caso, de la teoría general de la responsabilidad civil en lo que fuera pertinente.

---

<sup>25</sup>Véase cap. II de este trabajo.



Colegio de Abogados de San Isidro  
Área Académica

# LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires

Tema:

**“DERECHO CONCURSAL:  
INSOLVENCIA Y SOLUCIONES  
CONCURSALES - LA QUIEBRA  
Y SUS EFECTOS”**

## EL DESCENDIENTE DEL CONCURSADO PREVENTIVAMENTE PUEDE SOLICITAR EL PRONTO PAGO DEL CRÉDITO POR ALIMENTOS

**Dr. Carlos E. Ribera**

Colegio de Abogados de San Isidro - Instituto de Derecho Concursal.

---

### **PONENCIA:**

**El descendiente del concursado preventivamente puede solicitar el pronto pago del crédito por alimentos**

---

#### **a. ALIMENTOS**

##### ***i. Tratamiento de la legislación concursal***

El crédito por alimentos es tratado por la ley concursal de modo insuficiente.

Dispone que el beneficiario solo puede verificar los créditos impagos devengados con anterioridad a la quiebra del deudor (art. 156 LCQ), sin hacer otra aclaración.

Es decir que los créditos posteriores no se verifican ni participan del proceso.

En esto no difiere del resto de los créditos.

Pero la obligación no cesa con la quiebra, sino que el fallido deberá responder con los bienes ajenos al desapoderamiento, lo cual reduce considerablemente la posibilidad de pago.

En el concurso preventivo, la ley no menciona el tema, por ello interpretamos que, por analogía, se aplica el citado art. 156, porque no afecta ninguno de los principios del proceso.

En el mismo sentido se ha explicado que en el concurso preventivo los alimentos devengados con posterioridad a la presentación, atento su carácter de posconcursal “habilita al titular del derecho a seguir todas las vías que los ordenamientos

procesales confieren a los accionantes (p. ej. embargo sobre dinero, bienes muebles o inmuebles), habilitándoles la ejecución inmediata...”<sup>1</sup>

La exclusión de los créditos por alimentos posteriores a la sentencia de quiebra ha sido criticada por calificada doctrina por entender que no resuelve el tema correctamente al decir que “Este desprecio legislativo a una de las deudas más injustas y socialmente reprobables, como son aquellas que los progenitores tienen para con sus hijos, merecen la pronta atención legislativa y una equitativa interpretación judicial.”<sup>2</sup>

Además, el crédito por alimentos no es privilegiado<sup>3</sup> y no debe ser confundido con “los gastos por alimentación” del deudor y su familia que se refieren a lo necesario para el consumo diario de una casa o persona<sup>4</sup> que sí son privilegiados (art. 246 inc. 3-b LCQ).<sup>5</sup>

Sin perjuicio de ello, como lo hemos enunciado en esta ponencia, en nuestra opinión se podrá solicitar el pronto pago del crédito por alimentos conforme lo dispuesto por el art. 16 LCQ cuando dice: “Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban

---

<sup>1</sup> FRAGAPANE, Héctor R., y CASADO, Silvia, *La cuestión de los alimentos en los procesos concursales, su tratamiento por la jurisprudencia y una necesaria reforma a la Ley de Concursos para adecuar la norma a los tratados internacionales*, 08/07/2014, *Doctrina*, MJ-DOC-6786-AR||MJD6786).

*En cuanto a la quiebra cabe hacer dos aclaraciones:*

1. Respecto al bien inscripto como “vivienda”, recordemos que es inoponible al crédito por alimentos a favor de los hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida (art. 249 inc. e CCyC). Por ello podrán solicitar su ejecución.

2. Las cuotas posteriores a la quiebra “quedarían comprendidas en el renovado patrimonio del deudor, esto es, el nacido con posterioridad a la rehabilitación” (FRAGAPANE, CASADO, *La cuestión de los alimentos...*).

<sup>2</sup> MEDINA, *Niños frente al concurso...*, LLOnline: AR/DOC/3564/2020.

<sup>3</sup> CACC Lomas de Zamora, sala I, “Baltuliones, Juan c. Berrocal, Mario Alberto”, 11/4/2002, LLOnline: TR LALEY AR/JUR/7789/2002.

<sup>4</sup> Nota al art. 3880 del Código Civil.

<sup>5</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, KIPER, Claudio y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Código Civil Comentado, Privilegios. Prescripción aplicación de las leyes civiles*. Rubinzal-Culzoni, 2007; VILLOLDO, Juan Marcelo, *El privilegio de los alimentos ¿o de los gastos de alimentación?*, E.D., 221-972.

*En un fallo que interpretamos equivocado se reconoció el carácter de privilegiado al crédito por alimentos por parentesco adeudados por el fallido, porque los alimentos a los cuales hace referencia la Ley Concursal es a los suministrados al deudor. El antecedente es de la justicia Nacional Comercial y resolvió que es improcedente calificar como quirografario al crédito por alimentos correspondiente a los seis meses anteriores a la declaración de quiebra, aún cuando el incidentista no hubiere solicitado privilegio alguno al solicitar la verificación del crédito, desde que la renuncia al privilegio general consignado en el art. 246 citado no puede presumirse, sino que debe ser expresa (CNCom., sala B, “L., J. L.”, 6/9/2006, DJ 2007-I, 152, IMP 2007-3, 310, LLOnline: AR/JUR/6740/2006).*

ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.”

No desconocemos que la redacción de la norma puede interpretarse en el sentido que se refiere exclusivamente a los créditos laborales. Pero entendemos que “la redacción es amplia y parece incluir otros créditos como alimentos, o el de los denominados “acreedores involuntarios”, más aún cuando ambos también tienen protección constitucional y convencional”.<sup>6</sup>

## **ii. Constitución y convencionalidad**

En el tema del crédito de alimentos es menester mencionar que la reforma constitucional de 1994 receptó el principio de primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, lo que se denomina “Bloque Constitucional” (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), que reconoce reglas fundamentales de los Derechos Humanos, de Mujeres, Niños, personas vulnerables, etc.

Al haber adquirido estos tratados jerarquía constitucional, deben ser tenidos en cuenta al momento de decidir (arts. 1° y 2 CCyC).

Además, el citado art. 75 inc. 22 debe complementarse con el inc. 23 de la misma disposición en cuanto dice que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

Se trata de una codificación “muy abierta”, en palabras de la Comisión Redactora del Proyecto.

Teniendo en cuenta tales principios, habiendo mencionado las limitaciones que impone la ley concursal a los derechos del alimentado (arts. 45, 81 y 156), y teniendo en cuenta que según los casos pueden llegar a afectar derechos esenciales como es el de alimentos, debemos recordar, a modo de síntesis, que en el caso de menores de edad, las disposiciones concursales deben ser interpretadas teniendo en cuenta:

- La Convención de los Derechos del Niño (arts. 2°, 3°, 18 y 27, punto 4), y
- art. 3° de la ley 26.061.

---

<sup>6</sup> RIBERA, *El derecho de familia ... LLOnline: AR/DOC/3893/2019*.

Todo lo expuesto nos lleva a proponer la aplicación del instituto del pronto pago al crédito por alimentos en el concurso preventivo.

**LA PROHIBICIÓN LEGAL DEL HIJO PARA SOLICITAR LA QUIEBRA DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES POR LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO, CONTRARÍA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, CONVENCIONALES Y OBLIGACIONES LEGALES, POR ELLO DICHO CRÉDITO PUEDE SER CAUSA PARA LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA**

**Dr. Carlos E. Ribera**

Colegio de Abogados de San Isidro - Instituto de Derecho Concursal.

---

**PONENCIA: La prohibición legal del hijo para solicitar la quiebra de alguno de sus progenitores por la falta de cumplimiento del deber alimentario, contraría principios constitucionales, convencionales y obligaciones legales, por ello dicho crédito puede ser causa para la declaración de quiebra.**

---

***Falta de legitimación de algunos familiares para pedir la quiebra***

La Ley Concursal dispone que no pueden solicitar la quiebra “el cónyuge, los ascendientes o descendientes del deudor, ni los cesionarios de sus créditos” (art. 81 LCQ).<sup>1</sup>

La explicación que se ha dado es la de preservar el orden público familiar a fin de mantener la solidaridad de sus integrantes.

El tema, en particular cuando se trata del crédito por alimentos, ha dado lugar a decisiones contradictorias.

Algunos tribunales no admiten el pedido de quiebra cuando:

- fue promovido “por la ex cónyuge por derecho propio, invocando como hecho revelador de la cesación de pagos un crédito emergente de la sentencia de alimentos, en tanto dicho crédito se encuentra prescripto y sin perjuicio que la peticionaria haya solicitado con posterioridad la inhibición general de bienes del deudor o intentado infructuosamente trabar embargo, pues no puede asimilarse tal presentación al

---

<sup>1</sup> RIVERA, Julio César y CÁCERES, Martín, *Pedido de quiebra por la ex cónyuge causado en la obligación alimentaria hacia el hijo común*, LLOnline: AR/DOC/2625/2011.

supuesto de interrupción previsto en el art. 3986 del Cód. Civil aun cuando se atribuya al concepto de demanda judicial un sentido amplio que incluya los trámites preparatorios de la ejecución;<sup>2</sup>

- fue “formulado por la ex cónyuge del deudor en base a una deuda alimentaria respecto del hijo de ambos es improcedente, en tanto se ha producido una subrogación legal de la peticionante en los derechos del menor, por lo que la situación queda alcanzada por la prohibición del art. 81 de la Ley de Concursos y Quiebras, en cuanto refiere a los cesionarios de los créditos de los descendientes”.<sup>3</sup>

En cambio, se ha admitido el pedido de quiebra directa del padre de los hijos cuando:

- la madre solicita “la quiebra del progenitor no a los fines de posibilitar alimentos para sus hijos, ahora mayores de edad, que convivieron con ella, quien les otorgó absolutamente lo que necesitaban mientras el padre incumplía su deber alimentario, viéndose en el deber de promover la acción de fijación de cuota y también la de aumento. La quiebra se ha pedido por el derecho que a la solicitante le asiste como derivado de pagar lo que era debido por el deudor”;<sup>4</sup>

- la progenitora formuló el pedido con el fin que se le reintegraran las erogaciones que efectuó para la manutención de los hijos ante la falta de pago del deudor.<sup>5</sup>

En nuestra opinión y al enunciado de esta ponencia, la prohibición legal, en particular respecto al hijo que solicita la quiebra de su progenitor por la falta de cumplimiento del deber alimentario, contraría principios constitucionales, convencionales y obligaciones legales.<sup>6</sup>

Además, como se ha explicado, la limitación ha quedado desactualizada frente a lo dispuesto en el art. 679 del CCyC, que dice: “El hijo menor de edad puede recla-

---

<sup>2</sup> CNCom., sala E, “M.W.J.M. s/ped. de quiebra por: D. L. J.”, 12/12/2006, LLOnline: AR/JUR/9751/2006; ídem, sala A, “Echeveste Arteaga, Daniel”, 08/09/1992, Rep. JA, t. 1994, p. 277, sumario 87.

<sup>3</sup> CNCom., sala C, “C.R.H.”, 26/04/2011, Rev. de Familia 2011 (septiembre), 59, anotado por RIVERA-CÁCERES, Pedido de quiebra por la ex cónyuge..., LLOnline: AR/DOC/2625/2011.

<sup>4</sup> TSJ de Corrientes, “G. A. F. s/ quiebra pedida por M. C. L.”, 15/10/2010, Colección: Fallos, cita: MJ-JU-M-59019-R|MJJ59019|MJJ59019.

<sup>5</sup> STJ de Corrientes, “G.,A.F. ...., mencionado en la cita anterior.

<sup>6</sup> RIBERA, Carlos E., *El derecho de familia y el derecho concursal*, Supl. Esp. Código Penal 2019 (noviembre), 29/11/2019, 249; LLOnline: AR/DOC/3893/2019; MEDINA, Graciela, *Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores*, LL 04/11/2020, 1, LL 2020-F, 226, DFyP 2021 (agosto), 5, LLOnline: AR/DOC/3564/2020.

En contra de esta opinión: RIVERA-CÁCERES, *Pedido de quiebra por la ex cónyuge...*, LLOnline: AR/DOC/2625/2011.

mar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”.<sup>7</sup>

Por ello y con fundamento en derechos constitucionales y convencionales se ha dicho que la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre “solo contribuye a que los alimentados sufran más restricciones que las que la falta de sustento les provoca; y no favorece a la unidad familiar ni al bienestar de los niños, niñas y adolescentes”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, 2015.

<sup>8</sup> MEDINA, Niños frente al concurso.... Incluso se ha propuesto la derogación del art. 81 LCQ (NUNGESER, Aldana G., *Especial protección de los derechos del niño en relación con el artículo 81 de ley de concursos y quiebras nacional. una perspectiva desde los derechos humanos*, Rev. DECONOMI, año V – N° 16).

## LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES EN LA ETAPA DE CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

**Dras. Sandra Marcela Di Mecola/ Marisol Martínez**

Colegio de Abogados de San Isidro/ Colegio de Abogados de Morón

---

### PONENCIA

**Ningún acreedor puede prestar conformidad parcial con la propuesta de acuerdo o introducir modificaciones al prestar conformidad.**

**El acreedor fiscal no pudo oponerse al levantamiento de la inhibición general de bienes al concluirse el concurso. su oposición no debe ser considerada.**

---

### BREVE RESEÑA DEL FALLO

Se trata de un fallo de la Sala I del Departamento Judicial de San Isidro, del 6 de marzo de 2023, autos **F. P. IMPRESORA S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE ART. 250 CPCC.**

-La concursada logró la homologación del acuerdo preventivo.

-De conformidad con el art. 45 LCQ, la propuesta incluía como parte integrante de ésta, un régimen de administración y de “limitaciones” a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento. Y en esto consistía: *“durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo, la administración del patrimonio de la concursada estará a su propio cargo, con las más amplias facultades; Por resultar innecesario mantener la inhibición general de bienes oportunamente trabada respecto de la concursada, se solicita el levantamiento de dichas medidas cautelares, como parte de la propuesta de acuerdo preventivo (conf. art. 59 párr. 2º de la Ley N.º 24.522)”*

- Homologado el acuerdo, solicitó el **levantamiento de la inhibición general de bienes y le fue concedida** en Ira. Instancia. Contra esta decisión, se alzó la AFIP.

POSICIÓN DEL ACREEDOR FISCAL AFIP...que recurrió el levantamiento de la medida.

- 1) La finalización del concurso prevista en el artículo 59 LCQ **no importa la conclusión del juicio universal** como proceso debido ya que en dicha etapa aún **se encuentra pendiente el cumplimiento del acuerdo** y, por ende, el riesgo de quiebra indirecta.
- 2) Previo a la declaración de conclusión del concurso, **deben constituirse las garantías pertinentes, y disponerse el mantenimiento de la inhibición general** de bienes respecto del deudor por el plazo de cumplimiento del concordato, salvo conformidad expresa de los acreedores. Sostiene que **su parte se opuso**.
- 3) La conclusión del concurso no hace recuperar a la deudora la plena y total disposición de su patrimonio, toda vez que **para la realización de actos que importen exceder la restricción impuesta por la inhibición general de bienes debe necesariamente requerirse autorización al juez**, quien podrá concederla previa vista a los controladores del acuerdo.
- 4) Se vería seriamente afectado el efectivo cumplimiento del acuerdo homologado, así como el debido resguardo del patrimonio de la deudora frente a una eventual quiebra.

#### POSICIÓN DE LA CONCURSADA:

- 1) **La acreedora fiscal presto su conformidad con la propuesta** de acuerdo ofrecida a los acreedores, en la cual **se contempló expresamente**, en los términos del artículo 59 LCQ, el **levantamiento de la inhibición general** de bienes para la etapa de cumplimiento del concordato.
- 2) Dicha **conformidad impide al ente recaudador cuestionar** los términos de la propuesta que resultó homologada.
- 3) El comité de acreedores y la sindicatura han prestado su conformidad con el levantamiento de la medida cautelar.

#### EL FALLO DE CÁMARA

Las posibilidades para que se levante la inhibición general de bienes durante el plazo de cumplimiento de acuerdo son:

- 1) cuando hay conformidad expresa de todos los acreedores,
- 2) cuando así se hubiera fijado en la propuesta de acuerdo aprobada por los acreedores o

- 3) cuando la conformidad para el levantamiento sea dada por el comité de acreedores encargado de controlar el cumplimiento del acuerdo, siempre y cuando le hubiere sido asignada esa facultad expresamente. (art. 59 2do.p. LCQ)

Por consiguiente,

a) la conclusión del concurso no hace recuperar a la deudora la plena y total disposición de su patrimonio, ya que, salvo supuestos excepcionales, subsiste la restricción citada anteriormente.

b) el concursado sigue desapoderado de modo atenuado de su patrimonio y ante cualquier duda deberá aplicarse supletoriamente el régimen de los artículos 15 y 16 LCQ, especialmente cuando el deudor solicite autorización judicial para realizar algún acto que exceda lo pactado en el acuerdo o las restricciones patrimoniales propias de todo concurso.

c) Se debe priorizar el marco tuitivo de la normativa concursal, la cual ordena mantener la inhibición general de bienes registrables del deudor originalmente dispuesta en la sentencia de apertura (art. 14, inc. 7, LCQ), subsistiendo en la etapa de cumplimiento del acuerdo la imposibilidad de realizar actos de disposición, así como la imposibilidad de gravar sin la previa autorización del tribunal, ello en orden a la protección de intereses superiores representados en el caso por el debido resguardo de los intereses de los acreedores concursales en el cumplimiento del acuerdo y en el debido control de la disposición y aplicación de los fondos.

d) La AFIP no sólo no brindó su anuencia con el levantamiento de la inhibición general de bienes de la concursada para la etapa de cumplimiento del acuerdo, sino que en el concordato se estableció la libre administración por parte de la concursada y el levantamiento de la cautelar aludida, sin contemplar el otorgamiento de garantías u otra forma de resguardo del patrimonio de la deudora. De allí, que el mantenimiento de la inhibición general de bienes aparece congruente con los principios de orden público contenidos en los arts. 16 y 17 LCQ y con las restricciones que allí se imponen a fin de preservar el patrimonio de la concursada como prenda común de los acreedores (conf. CNCom, Sala A, Causa n° 5.489/2019, sent. del 28-4-2021 y jurisprudencia allí citada-ENGRAMA S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO-).

**PRIMERA CUESTIÓN:** Si pudo la acreedora fiscal prestar conformidad dejando a salvo que no consentía el levantamiento de la inhibición general de bienes.

Así se manifestó la acreedora fiscal, *“la conformidad prestada... no implica consentimiento alguno respecto del levantamiento de medidas inhibitorias en relación a la deudora, cuya resolución final resulta competencia de V.S.”*

**A - NO PUDO PORQUE LAS ALTERNATIVAS LEGALES PARA EXPRESAR LA CONFORMIDAD NO ADMITEN CONDICIONES NI MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL ACREEDOR**

En nuestra legislación concursal y durante el período de exclusividad, es **sólo el deudor quien formula una propuesta**. En esta propuesta se establecen las condiciones de la novación y los acreedores, por categorías, deben por mayoría absoluta conformar la misma...o no. Pero lo que no pueden hacer es alterar la propuesta.

*“La homologación, en principio, se limita a constatar el acuerdo de partes, con lo cual somos de la opinión de catalogar a esta situación novativa concursal como un verdadero contrato”.*<sup>1</sup>

Si la situación novativa concursal es un verdadero contrato, la propuesta del deudor es una oferta. Por tanto, le cabe la dinámica de “oferta-aceptación” legislada entre los arts. 971 y sgtes y conchs del CCCN, a los que debemos concurrir en caso de insuficiencia de la ley especial. La oferta se define allí como *manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada*.

Si el acreedor introduce condiciones/modificaciones a la aceptación, estamos ante una nueva oferta. Así, el art. 978 establece, *“Aceptación. Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante”*.

Y esta dinámica no está prevista en ley 24.522, donde hay un plazo dentro del cual formular la propuesta y a partir del cual ya no puede ser modificada ni siquiera por el propio deudor. A *fortiori*, mucho menos debiera poder hacerlo el acreedor. De hecho, el legislador ha sido lo suficientemente previsor para adaptar a la medida de todos los grupos de acreedores la propuesta que haga el deudor. De esta manera se pueden contemplar las distintas situaciones de acuerdo a cada grupo y ningún acreedor se ve compelido a aceptar una propuesta por lo ajeno que le puede resultar la que no sea “un traje a su medida”.

Así, el legislador permitió categorizar. Y no sólo que permitió categorizar, sino que no limitó las categorías de los acreedores. Es decir, las opciones que dio para hacerlo son infinitas, cuestión que se deduce de la propia redacción del art. 41 LCQ al establecer “...o **cualquier otro elemento** que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo...”. Lo que demuestra la libertad que campea a la hora de definir las categorías y mejor congeniarlas para lograr acuerdos recíprocamente satisfactorios...o al menos, lo más aceptables posibles.

Más aún, para facilitar las conformidades de los acreedores -su aceptación de la oferta- hasta permitió al deudor efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas (art.43 4to párrafo).

Es decir, leemos un legislador comprometido con el logro del acuerdo y altamente contemplativo de los distintos tipos de acreedores convidados al concurso preventivo.

Pareciera claro que quien tiene todas las alternativas para ofrecer con amplitud a categorías que sólo él puede formar es el deudor. Es en él en quien se confía la propuesta (oferta); y los destinatarios (categorizados) solo están llamados a aceptarla en el modo y con las condiciones que se la formuló. Si para su precisa categoría, no hay propuesta o alternativas de distintas propuestas que lo satisfagan, no prestará su conformidad o la que preste “contra ofertando”, no computará.

Al tratar las conformidades-volcando ahora la mirada a los acreedores- el legislador se detiene en las formas, pero no parece admitir, más que la conformidad prestada de la manera que él mismo establece. Quien no la preste, no se computará a los efectos del logro de las mayorías. No se detiene para indicar la suerte que se correrá en caso de que quien la preste lo haga sujeto a ciertas condiciones o con ciertas modificaciones que importen una nueva propuesta. Esto parece claramente vedado por diversos motivos, algunos anticipados:

- a) Hay plazo para formular propuesta
- b) El único proponente en período de exclusividad es el deudor
- c) Hay plazo a partir del cual no puede alterarse la propuesta
- d) Sería imposible computar las conformidades como tales si debieran considerarse cada una de las “contraofertas” previstas en ellas al prestar la conformidad de manera parcial.

Si acudiéramos en auxilio del CCCN para ver qué se previó para esos supuestos, advertimos que de acuerdo con el art. 977, en los contratos plurilaterales, “*Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido. Este se conjuga con el Art. 982.- que señala que “Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido”*”

Precisamente en los concursos la ley sí prevé que basta con “la mayoría de ellos” para que se concluya el acuerdo. El art. 982 CCCN mantiene que, en caso de duda, se tenga por no concluido.

Acá cabe preguntarnos si esa conformidad prestada con la introducción de una modificación cabía computarla como tal. O si podía desconsiderársela. En nuestro caso concreto, esa conformidad prestada “a medias” no era necesaria para conformar la mayoría. Se alcanzó la mayoría prevista por la ley con el resto de las conformidades que se prestaron en forma plena y consintiendo el levantamiento de la inhibición.

Esto nos lleva a preguntarnos si no estábamos precisamente ante el supuesto previsto para exceptuar la regla de mantener la inhibición general de bienes: “*las previsiones que el acuerdo previera al respecto*”. Ello, atento que, la mayoría necesaria había prestado conformidad con dicho levantamiento y lo había hecho al prestar la conformidad. En resumidas cuentas, sabemos que la regla es una: “*se dispondrá a mantener la inhibición general de bienes respecto del deudor por el plazo de cumplimiento del acuerdo*” Pero la ley prevé 3 excepciones:

- 1) conformidad expresa de los acreedores
- 2) las previsiones que el acuerdo previera al respecto
- 3) o las facultades que se hubieren otorgado al comité de acreedores como controlador del acuerdo

Cuando la **Cámara resuelve, centra su argumentación** en que

1) la acreedora fiscal no brindó su anuencia con el levantamiento de la inhibición general de bienes de la concursada para la etapa de cumplimiento del acuerdo, con lo que se concentró en que no se daba el primer supuesto de excepción: conformidad expresa de los acreedores.

2) el concordato se estableció la libre administración por parte de la concursada y el levantamiento de la cautelar aludida, *sin contemplar el otorgamiento de garantías u otra forma de resguardo del patrimonio de la deudora*. A este achaque que hace no lo contrapone con la anuencia de los acreedores a través del acuerdo que así lo habían dispuesto.

Y por ello concluye, que *“el mantenimiento de la inhibición general de bienes aparece congruente con los principios de orden público contenidos en los arts. 16 y 17 LCQ y con las restricciones que allí se imponen a fin de preservar el patrimonio de la concursada como prenda común de los acreedores”*

Sin embargo, **omite considerar que:**

1) Nos encontrábamos ante el supuesto de excepción en virtud del cual **es posible el levantamiento de la inhibición general de bienes cuando esto está previsto en el acuerdo. En este caso, sí lo estaba**. Y de constatarse cualquiera de las tres excepciones previstas, permitía el levantamiento. Se daba una de ellas, distinta de la contemplada por el Juzgador.<sup>1</sup>

2) No cabía considerar la oposición de la acreedora fiscal porque el supuesto que permitía apartarse de la regla del mantenimiento de la inhibición general no era aquel que requiere conformidad expresa de los acreedores, sino el recién citado: previsión específica del acuerdo. A este achaque que hace no lo contrapone con la anuencia de los acreedores a través del acuerdo que así lo había dispuesto.

3) No está previsto que se introduzcan modificaciones a la propuesta de acuerdo al prestar conformidad y si se introducen, no pueden ser computadas como conformidades. En este caso, no traía como consecuencia el fracaso por no reunirse la mayoría. Las mayorías se lograban sin ese acreedor fiscal. Y, por otro lado, respecto del acreedor fiscal entendemos lo siguiente: a) Frente a éste, el deudor solo puede pagar en efectivo o adherir a un plan (salvo que pueda excluirlo del

---

<sup>1</sup>El artículo 59 LCQ expresamente prevé: *“...Con carácter previo a la declaración de conclusión del concurso del concurso, se constituirán las garantías pertinentes, y se dispondrá a mantener la inhibición general de bienes respecto del deudor por el plazo de cumplimiento del acuerdo, salvo conformidad expresa de los acreedores, las previsiones que el acuerdo previera al respecto, o las facultades que se hubieren otorgado al comité de acreedores como controlador del acuerdo...”* El mismo artículo prevé en el siguiente párrafo la posibilidad que el juez, *“a pedido del deudor y con vista a los controladores del acuerdo, podrá autorizar la realización de actos que importen exceder las limitaciones impuestas por la inhibición general.”* Pero esta posibilidad está prevista para el supuesto en que, excepcionalmente, no se hubiera dispuesto en el acuerdo o se hubiere conformado por los acreedores de acuerdo lo regulado en el párrafo anterior transcrito del mismo artículo 59 LCQ.

cómputo de las mayorías). b) Este acreedor viene a subvertir los principios más elementales del concurso que son que sea el deudor quien haga una propuesta. Este acreedor, por el contrario, encorseta al deudor en lo que él propone a través de sus planes como si todos los deudores fueran idénticos. c) Se sigue de ello que como aquí quien “fórmula propuesta” -léase plan- es el Fisco, si el deudor adhiere, nada más debe esperar de él. Dicha adhesión importa del lado del deudor la adhesión al plan y del lado del acreedor, la conformidad con el acuerdo. Así como el deudor no puede introducir una adhesión al plan a su medida, por pura simetría, tampoco el Fisco puede introducir “vallas” a su conformidad que se debe entender prestada en la adhesión por parte del deudor.

4) Si bien es cierto que en *el concordato se estableció la libre administración por parte de la concursada y el levantamiento de la cautelar aludida, sin contemplar el otorgamiento de garantías u otra forma de resguardo del patrimonio de la deudora* eso no lleva necesariamente a concluir que lo que se deba mantener sea la inhibición general de bienes, ya que bien pudo haber exigido cualquier otra garantía pertinente. Sobre todo, porque al menos la inhibición general de bienes se excluyó de su mantenimiento durante la etapa de cumplimiento.

5) Si bien es cierto que en los concursos el mantenimiento de la inhibición general de bienes aparece congruente con los principios de orden público contenidos en los arts. 16 y 17 LCQ y con las restricciones que allí se imponen a fin de preservar el patrimonio de la concursada como prenda común de los acreedores, no lo es menos que se preservan los principios aludidos, con cualquier otra garantía específica.

6) En una realidad donde no hay crédito, ni mucho menos para los sujetos concursados, donde el financiamiento posconcurso es una quimera, muchas veces, a fin de mantenerse “in bonis”, a fin de “sobrevivir”, deben reorganizarse, reestructurarse, quizás “achicarse”, escindirse, fusionarse, desprenderse de bienes improductivos, evitar el deterioro de los bienes...replantear su negocio con destreza y amplitud. La inhibición general de bienes los priva de esa libertad para reorganizar y **autofinanciarse**. Quede claro que no se nos escapa que soluciones contrarias a la adoptada pueden traer que muchos informales y despreocupados se desentiendan de sus obligaciones. Sin embargo, basta con otro tipo de garantía para aventar cualquier mal augurio. Esto garantizaría el justo derecho de los acreedores sin desmedro de las necesidades de “volver al ruedo” del deudor con toda su potencialidad y sin retaceos.

7) Por último, la Cámara también sostiene que no existe verdadero agravio porque la deudora podría solicitar la autorización para realizar actos que importen

exceder las limitaciones impuestas por la inhibición general. **Agravio inmediato hay** para la deudora por efecto de esta medida, ya que queda excluida de ocurrir al crédito visto que a su condición de haber estado en concurso se le suma que aún sigue inhibida durante todo el tiempo que dure el cumplimiento del acuerdo, lo que la coloca en una categoría estigmatizante que la priva precisamente de estar en el mercado en las mismas condiciones que sus competidores que sí pueden acudir al crédito, que pueden rápidamente vender los bienes que se van deteriorando o tornan obsoletos o que pueden rápidamente realizar su activo como forma de financiarse de inmediato.

Finalmente, estas ideas traídas, aspiran a **conjugar este tema en la clave recomendada por la UNCITRAL** (United Nations Commission on International Trade Law/COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia que formula recomendaciones de lo que extraigo:

*En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de reconocer que el fracaso de una empresa es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa. Una persona cuya empresa haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia y algunos estudios indican que esas personas logran a menudo un gran éxito en proyectos empresariales posteriores. Por ello, varios Estados han decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también brindan una nueva oportunidad a los deudores insolventes, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en sancionar al deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia para eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de exoneración, es necesario **promover un cambio de actitud de los bancos y de la sociedad en general ante la quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados.***

---

<sup>2</sup>CONCURSOS Y QUIEBRAS (LEY 24522): EL ACUERDO PREVENTIVO, LA HOMOLOGACIÓN Y EL EFECTO NOVATIVO. Ghersi, Carlos Alberto Rossello, Gabriela

Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*

Cita: TR LALEY 0003/001450

## TANGENCIALIDAD DEL DERECHO PENAL

**Dra. Marisol Martínez**

Instituto de Derecho Concursal CAM

---

### PONENCIA

**El régimen concursal con sus caracteres de universalidad, concurrencia, desapoderamiento de bienes, paridad de tratamiento en la distribución, etc. comprende la totalidad de acreedores de causa o título anterior (artículos 16; 32; 125; 200 LCQ) sin discriminación a aquellos con causa relativa a delitos penales, no encontrándose excluidos del desapoderamiento falencial (artículo 107 LCQ) otros bienes que los indicados legalmente (artículo 108 LCQ).**

---

### TANGENCIALIDAD DE LAS NORMAS PENALES

La articulación de la aplicación de normas de carácter penal y las del resto de los fueros suele generar complicaciones. En particular la interacción de competencias concursales y penales.

El principio lógico de no contradicción que rige en el orden jurídico exige una interpretación integrativa que excluya competencias superpuestas. Sin embargo carecemos de normas que expresamente excluyan la competencia del juez concursal por sobre bienes cautelados o relativos a causas del derecho penal.

La especialidad de las distintas ramas del derecho y sus relaciones entre sí, son temas que habrían quedado resueltos por los órdenes de prelación previstos por el CCCN, artículos 125; 963; 1709 y 1834, en los que, en principio, predomina el orden público y las especialidades.

### PREJUDICIALIDAD

Los códigos de derecho común han establecido la prejudicialidad, con carácter de orden público, disponiendo la suspensión del dictado de sentencia civil, hasta la resolución en el fuero penal, en caso de darse proceso penal pendiente y válidamente

promovido por el mismo hecho. Esta prejudicialidad no es absoluta, se encuentra prevista sólo y exclusivamente para el caso puntual de acciones civiles individuales, en situación en que un mismo hecho dé lugar a dos tipos de responsabilidades: una penal y otra civil, siendo opción del damnificado el reclamo en el mismo proceso penal o a través de una demanda en sede civil. De ningún modo es susceptible de analogía ni interpretación extensiva.

Lo disponía el art. 1101 del Código Civil: “Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal ...”.

La doctrina se encargó de aclarar algunas imprecisiones terminológicas del texto<sup>1</sup>.

La prejudicialidad penal en el nuevo Código Civil y Comercial se encuentra prevista en los artículos 1775 y siguientes, manteniendo el principio que establecía el Código Civil antecedente, agregando precisiones y excepciones, acorde a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

La exigencia de dictar sentencia en un plazo razonable, evitando una incertidumbre prolongada e innecesaria en perjuicio del justiciable, como imperativo constitucional, de rango superior a los preceptos de derecho común, ya había dado lugar a excepcionar la regla de la prejudicialidad.<sup>2</sup>

Este principio de prejudicialidad ninguna relación tiene con el proceso concursal, ni predica ninguna preponderancia respecto de normas o competencias penales.

## LA ESPECIALIDAD DEL PROCESO COLECTIVO CONCURSAL

En el proceso concursal, dadas sus características de universalidad, concurrencia, colectividad, entre otros, comprendiendo la ley concursal efectos generales y particulares sobre el resto del derecho, no contemplan excepciones en favor de bienes o acreedores relacionados con hechos investigados por el fuero penal.

Si bien desde una perspectiva histórica encontramos precedentes de conflictos

---

<sup>1</sup>Se interpretó que “condenación”, en el primer caso, significa “sentencia”, y en el segundo “sentencia” o “sobreseimiento definitivo” (Ricardo C. Núñez, “Acción civil emergente del delito del derecho criminal”, “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. I, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1954, pág. 218, notas N° 33 y 34).

<sup>2</sup>Dra. Kemelmajer de Carlucci: “toda vez que la pendencia del proceso penal sea de tal magnitud que impida en forma real el derecho de defensa en juicio de los derechos, cabe dictar resolución civil aun cuando no haya recaído sentencia en sede penal (Código Civil de Belluscio-Zannoni, tomo 5, pág. 304)”.

de competencia concursal /penal, el tema pareciera tener actualidad a raíz de grandes quiebras y concursos en el marco de hechos delictivos que han adquirido notoriedad.

No existiendo normas que deslinden las competencias, tenemos que el CCCN fija órdenes de prelación entre normas inderogables y normas especiales. La ley concursal si bien no pregonara una preponderancia sobre el régimen penal, tampoco lo excepciona de la aplicación de sus normas de orden público, de carácter general, de carácter colectivo.

Características de los concursos como el principio de universalidad, art. 1° LCQ, en cuanto que el concurso (como género) produce efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las excepciones legalmente establecidas respecto de bienes determinados, establecen la preponderancia del concurso.

Asimismo el principio general de concurrencia de acreedores de causa o título anterior a la presentación sin discriminación de causa o título establecido por los artículos 32; 56; 125; 200 entre otros.

La aplicación general en condiciones de paridad (par conditio creditorum) establecida por el artículo 16 y concordantes de la ley concursal.

Normas como las que disponen el desapoderamiento falencial (artículo 107 LCQ) son establecidas en la ley concursal sin más limitaciones que las dispuestas en su artículo 108.

En particular en materia de medidas cautelares, la especialidad dentro de su vocación universal del derecho concursal, impone la adopción de determinadas cautelares por imperio legal, como mandato al magistrado interviniente.<sup>3</sup>

Entre ellas: - inhibición general de bienes del concursado (art. 14, inc. 7°, ley 24.522);

-restricciones para la realización de actos del concursado sobresupatrimonio(art. 16 LCQ);

-restricciones de viajes al exterior (art. 25 y 103 LCQ);

-medidas dispuestas por el artículo 88, incisos 2, 3 y 6 de la LCQ.

Por otra parte respecto de “los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales” en los que el deudor concursado sea parte demandada (art. 21, inc. 2, y 3), en la jurisdicción “originaria”, “no procederá (el dictado de medidas cautelares)....las

---

<sup>3</sup>Barbieri, Pablo Carlos. Algunos apuntes sobre las medidas cautelares en los procesos concursales. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar); Id SAIJ: DACF140487; 22/07/2014.

que se hubieren ordenado serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados...” (art. 21, penúltimo párrafo).

El fundamento de esta prerrogativa del juez concursal estaría en la universalidad (artículo 1° de la ley 24.522), y en la concursabilidad en cuanto cargo de concurrir al procedimiento bajo la premisa de *par conditio creditorum*, frente al cual las medidas cautelares que se dictaren en otros procesos carecerían de eficacia.

El principio general de levantamiento de medidas cautelares dispuesto por el artículo 21, no contempla limitaciones.

En autos *Pilar Bicentenario S.A. S/Concurso del Juzgado Civil y Comercial de San Isidro*, existen bienes del concurso cautelados en sede penal, con administrador de la AABE<sup>4</sup> y facultades superpuestas con facultades asignadas por el juez concursal a la sindicatura.

La medida judicial adoptada habría tendido al aseguramiento del decomiso de inmuebles que puedan tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el delito que se investiga y sobre que el decomiso presumiblemente pueda recaer (art. 23 del CP), así como también para asegurar la custodia, conservación y disposición de tales bienes (art. 305 CP).

En el marco de la obtención de acuerdo concursal, el 08/02/2022, el juez resolvió que debía “...determinar qué clase de recaudos deberían cumplirse en forma previa al tratamiento del pedido homologatorio...” resolviendo “que resulta imprescindible, a los fines de autorizar la venta de una parte del lote que le pertenece a la concursada, la previa conformidad por parte del juez represivo...”

La concursada apeló el requisito de autorización del juez penal previa, considerándolo insustancial porque implicaría promover una resolución inoficiosa respecto de un acto inexistente (no existiendo aún acuerdo homologado), y que, versaba sobre una materia y un contexto fáctico que excede su jurisdicción.

La Alzada desestimó los agravios, y a su vez compartió la decisión del juez a quo entendiendo que no resultaba posible prescindir del alcance de la intervención dispuesta en sede penal, cuya finalidad radicaba “en prevenir manejos, transferencias o disposiciones de los bienes de la deudora que podrían constituir el producido o provecho del delito bajo pesquisa (Conf. “*Corvo Dolcet, Mateo y otros s./ Inf. Art. 303 del CP*”, sent. del 20-3-2020).”

---

<sup>4</sup>Agencia de Administración de Bienes del Estado.

Por su parte, la AABE solicitó a la Justicia Federal Criminal que autorizara la venta del lote trámite que sufriera dilaciones por conflictos de competencia entre la jurisdicción de San Martín, pasando la causa a conocimiento del Tribunal Oral Federal N° 2, el que hiciera saber al juez concursal que la petición formulada por la AABE se encontraba a estudio.

A la sazón fue dictada ley de expropiación respecto de la cual tramita recurso de queja ante la CSJN, relativo a su declaración de inconstitucionalidad.

En fecha 02/12/2022 fue declarada la quiebra sin consideración acerca de la autorización por el juez penal, encontrándose recurrida ante la Alzada.

Javier Lorente se ha ocupado de la temática: “Prevalece la competencia del Juez Concursal, y no la del Juez Penal, cuando uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso (definitivo o cautelar) ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal”.<sup>5</sup> Citó en su ponencia fallo de la CSJN, del 25/10/2022, causa “Hope Funds S.A. s/ incidente de conflicto de competencia”, conforme el cual se dirimió el conflicto de competencia para decidir sobre el destino de los activos de la liquidación de acciones que la fallida (Hope Funds S.A.) ostentaba en la sociedad Emprendimientos Recoleta SA S.A. en favor del juez concursal.

En la misma, el Juez de primera instancia Dr. Sánchez Cannavo había fundado su sentencia en el mismo sentido y en concordancia con la sindicatura, en el desapoderamiento de pleno derecho de los bienes de la fallida existentes a la fecha de la declaración de la falencia y los que adquiriera hasta su rehabilitación (art. 107 LCQ), así como en la participación de la sindicatura en la administración de dichos bienes (art. 109 LCQ), los principios de universalidad, colectividad e igualdad, todos ellos de orden público.

Discurrió acerca de las disposiciones de orden penal que prevén la adopción por el juez de las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso de los bienes sobre los cuales pudiera recaer, el principio general de concurrencia dispuesto en el art. 125 LCQ: “...Declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma...”, disponiendo los artículos 32; 126;

---

<sup>5</sup>Lorente, Javier A. *Prevalencia de los juzgados concursales por sobre los penales en caso de yuxtaposición de competencias sobre la liquidación de activos y su distribución entre los acreedores/víctimas: a propósito de un recentísimo pronunciamiento de la CSJN. Ebook del LXXVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial.*

*Colegio de Abogados de Mar del Plata. Ediciones DyD, 2022.*

200 y concordantes de la ley concursal la carga de verificación de los acreedores concurrentes.

Asimismo impera en el proceso concursal la par conditio creditorum (artículo 16 y concordantes LCQ), remedio de la garantía de igualdad ante la ley (artículo 16 CN).

La propia sentencia de primera instancia, recuerda la inexistencia de supuesto de exclusión del régimen de universalidad en el caso, señalando que el mismo artículo 23 CP del que surge la autorización al juez penal para la adopción de medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso de bienes relacionados con los delitos que investiga establece: “En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado o de terceros”.

Reivindicó la pertinencia de la liquidación en cabeza del juez concursal, a quien se defiere el amplio debate del régimen de privilegios, aún aquellos derechos que resultaren reconocidos a damnificados y profesionales en sede penal.

Entiende el citado autor la necesidad tanto de la “óptica falencial” (protección del interés de los acreedores, liquidación de activos y distribución de su producido entre acreedores genuinos, régimen de preferencias/privilegios, acciones de recomposición patrimonial, etc.), como de la “óptica penal” del derecho público, “pero en lo que atañe al régimen de liquidación de los activos alcanzados por ambos procesos (falencial y penal) y su distribución entre los acreedores (víctimas) genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ, ello sólo puede proveerlo el Tribunal concursal.”

Postula ante la insuficiencia a la que se enfrentaran los acreedores con causa en los hechos investigados por la justicia penal cuanto acreedores no relacionados con los mismos, la procedencia de la “disciplina concursal, sus principios rectores y sus reglas centenarias (y por tanto harto testeadas y equitativamente justas), tanto en sus facetas rehabilitatorias (Concurso Preventivo / Acuerdo Preventivo Extrajudicial) como liquidatoria (Quiebra).”

A contrario sensu se generaría una preferencia respecto de las víctimas de actos criminalmente sospechados por sobre las perjudicadas por actos no criminalmente sospechados, no prevista legalmente<sup>6</sup>, ni procedente desde ningún punto de vista máxime no existiendo norma que excluya de la concurrencia a acreedores tutelados por las medidas criminales.

---

<sup>6</sup>CCCN, artículo 2574. “Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece.”

El régimen de privilegios establecido por el artículo 239 con la sanción de la ley concursal 24522 establece la exclusividad del mismo para los concursos. En oportunidad de la sanción del CCCN no sólo se mantuvo sino que se reconoció en los Fundamentos con los que los codificadores presentaron su Anteproyecto su funcionamiento confirmándose dicho régimen de la ley concursal para los privilegios generales, lo que se estableciera en la norma del artículo 2579.<sup>7</sup>

En España, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Concursal otorgan competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso para conocer todas las ejecuciones que se planteen sobre los bienes de la empresa concursada, incluso la LC contempla expresamente que el juez del concurso plantee una cuestión de competencia si el juez de lo penal no atiende sus requerimientos en relación con el levantamiento de medidas cautelares.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> CCCN, artículo 2579: “En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos.”

<sup>8</sup> Carballo España, Beatriz, publicado en Tribuna 29-04-2021, donde cita la norma: “Si el juez del concurso considerase que las medidas adoptadas por otros tribunales (...) pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso de acreedores, (...), podrá requerirle para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas. Si el requerido no atendiera de inmediato al requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia o cuestión de competencia, según proceda” (art. 54.2).

## LA EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA Y LOS RESULTADOS PATRIMONIALES DE LAS MISMAS. LA COMPOSICIÓN DE LAS MASAS.

**Dra. Claudia Susana Capo y Dr. Carlos Alberto Albano**

Instituto de Derecho Comercial Colegio de Abogados Morón

---

### PONENCIA.

**PROPUESTA DE LEGE FERENDA:** Que la legislación concursal prevea que la extensión de las quiebras con masa única sea con beneficio de inventario. Ello por cuanto en el caso de la formación de una masa única entre fallido principal y extendido el resultado económico final podría llegar a configurar una hipótesis económicamente perjudicial para los créditos de la falencia principal.

---

### PONENCIA:

Bajo el nombre de “extensión de quiebra”, la ley agrupa varios casos diferentes, cuyo común denominador es la propagación de una quiebra (llamada “quiebra principal”) a otra u otras personas, a quienes también se declara en quiebra (llamada quiebra por extensión o refleja o dependiente), sin que estas deban necesariamente hallarse en estado de cesación de pagos o insolvencia.<sup>1</sup>

Para que la extensión de la quiebra de la fallida sea viable, es preciso constatar que el sujeto pasivo al cual se pretende extender la quiebra principal, reúna las condiciones determinadas por la ley para la prolongación de la falencia. Es decir, deben darse las circunstancias tipificadas por la ley.

Se trata de tres causales enumeradas por el art. 161 de la ley 24.522 que presuponen un abuso fraudulento en la administración de la quebrada, y que ese abuso fue en interés propio y contra la masa; haber desviado el beneficio social en el propio y/o haber confundido activos y pasivos; que haya actuado en fraude contra los acreedores.

---

<sup>1</sup> (Roullion. *Ley de Concursos y quiebras. Tomo IV B, pag. 367. La ley*)

En la exposición de Motivos de la ley 19.551, se expresó que este instituto, tiende principalmente a reforzar la responsabilidad patrimonial del fallido y de quienes obraron por él, frente al crédito comprometido con su emprendimiento, conjugando tales responsabilidades con el estado del concurso y la protección del crédito.<sup>2</sup>

Con este instituto se pretende transpolar los efectos de una quiebra principal con bienes insuficientes, hacia el patrimonio relacionado con aquélla a fin de paliar la situación deficitaria de los acreedores de la fallida principal.<sup>3</sup>

***Para que sea viable la extensión, como presupuesto debe darse un resultado patrimonial negativo, o déficit de activo. Esto es así debido a que no puede tomarse la extensión de la quiebra como una sanción en sí misma.***

*El art. 166 LCQ dispone que al decretar la extensión, el juez debe disponer las medidas de coordinación de procedimientos de todas las falencias.*

En la extensión de quiebra, los patrimonios de los sendos cesantes pueden constituir por disposición judicial una masa única o masas separadas conforme lo dispuesto por los arts. 167 y 168 LCQ. Nuestra legislación adopta la solución de masas separadas o de masa única. Y aquí es donde surge la propuesta de esta ponencia cuya finalidad es evitar mayores perjuicios a los acreedores de la fallida principal.

## **PROPUESTA DE LEGE FERENDA:**

**Esta ponencia propone que, teniendo en cuenta la finalidad de la extensión de quiebra tiene que ver con el aumento de las posibilidades de cobro por parte de los acreedores de la quiebra principal o su pago total, la extensión de quiebra con masa única sea con beneficio de inventario.-**

La extensión de la quiebra tiene una motivación económica, y este es el pasivo insatisfecho de la principal.

Cabe por lo tanto pasar al análisis de las denominadas masas (activo y pasivo). Estas están constituidas por diferentes patrimonios (de la quiebra principal y del extendido). Ambas masas por disposición judicial pueden pasar a ser una masa única o a permanecer separadas.

Siendo que la extensión de quiebra no puede ni debe funcionar como sanción,

---

<sup>2</sup> (Exposición de Motivos de la Ley 19.551, II “Consideraciones en Particular”, Parte Primera “De los concursos comerciales”, Título III “Quiebra”, Capítulo III “Extensión de la quiebra y extensión de terceros”, en Concursos. Ley 19.551, 15° ed., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 174.)

es fundamental tener presente a la hora de los procesos de extensión de quiebra la utilidad real de la misma para aumentar las posibilidades del cobro de los créditos (en forma total o parcial) por parte de los acreedores. Todo ello en razón de que la extensión de la falencia “tiene como objeto la reparación de la insolvencia del patrimonio del fallido”.<sup>4</sup>

Puede ocurrir que el patrimonio del fallido extendido también tenga un resultado económico negativo, sea insolvente y por lo tanto también tenga créditos cuantiosos a que atender. Formar una masa única solo agudizaría el volumen de la insolvencia, por lo que adoptar el beneficio de inventario es una medida válida para evitar agravamientos.

La solución propuesta, impediría el riesgo para los acreedores, de que la extensión de la quiebra, además del perjuicio de la demora que el nuevo proceso irrogaría, vieran agravada su situación patrimonial ante la expectativa del volumen de su cobranza.

En este caso establecer una masa única perjudicaría a los acreedores de la quiebra principal, por lo que esta parte propugna que la extensión de la quiebra prevea la posibilidad del beneficio de inventario.

“En consecuencia, y a mérito del principio de no agravamiento, la sentencia que establezca dicha masa única solo debe dictarse ante la convicción fáctica de posible satisfacción de la totalidad del pasivo existente de ambos fallidos o, al menos, de mejora de la potencialidad de cobro del primero de ellos.”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Rouillon Adolfo A.N., “Un caso típico de legitimación activa para demandar la extensión de quiebra, *Jurisprudencia comentada, ED, 147-369.*

<sup>4</sup> (Régimen Falencial. *Análisis Metodológico. de Luis A Porcelli. Hammurabi.*)

<sup>5</sup> (Régimen Falencial . *Análisis Metodológico. de Luis A Porcelli. Hammurabi.*)

## **PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS CUOTAS CONCORDATARIAS DE LOS CRÉDITOS VERIFICADOS COMO “EVENTUALES” Y SUS CÓMPUTOS.**

**Dr. Osvaldo E. Pisani**

Colegio de Abogados de San Isidro

---

### **PONENCIA**

**El plazo de prescripción de las cuotas concordatarias PROVENIENTES de créditos verificados (y/o admisibles) con carácter de EVENTUAL, se lo debe computar desde que cada una de ellas se torna exigible. Si hubiera varias deben ser consideradas individualmente.**

---

### **ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL TEMA**

El presente tema, es una ampliación de la ponencia en el mismo sentido presentada en el 76 Encuentro de Mar del Plata (2022) por la cual extendemos la aplicación de los plazos de prescripción allí expuestos a los créditos verificados como “eventuales”, todo ello conforme los siguientes fundamentos y considerando a cada uno de ellos individualmente.

#### **1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN:**

Que en función de la modificación de los plazos de prescripción establecida con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.694-BO 8/10/2014-, dicho plazo de 5 años establecido por el art. 2560, por tratarse el caso que nos ocupa de obligaciones anteriores se lo computa en la forma especialmente prevista para estos casos por el art. 2537 -2do párrafo- del Código Civil y Comercial de la Nación citado. Lo expuesto significa que a los efectos de dicho cómputo se toma como fecha de inicio la de vigencia del referido código, esto es Agosto del 2015, por lo que las prescripciones indicadas se operaron en agosto del 2020.

#### **2- COMPUTO DE DICHOS PLAZOS:**

A estos efectos en materia concursal corresponde distinguir entre créditos qui-

rografarios surgidos del acuerdo homologado de los créditos privilegiados, por lo tanto:

**Créditos quirografarios surgidos del acuerdo homologado.** Se refiere a las denominadas cuotas concordatarias y en este caso el plazo inicia desde que cada una de dichas cuotas es debida.

**Créditos verificados con privilegio:** sea general o especial, el plazo de prescripción de los mismos se computa desde que se tornan exigibles, esto es con la homologación del acuerdo de autos, -conf. Art. 57 LCyQ.

**Créditos verificados como “eventuales”:** Sin perjuicio de que la característica de “eventualidad” en la verificación de un crédito puede provenir de distintas causas, lo usual es que la misma sea su accesoriedad a otro crédito normalmente también verificado, en ese procedimiento concursal o en otro vinculado de alguna manera. Por todo ello y considerando como principio jurídico básico que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el plazo de prescripción de los mismos será desde que dicha cuota concordataria se torne exigible.

## **FUNDAMENTOS FACTICOS Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN TEMAS VINCULADOS:**

Que se fundamenta dicha prescripción en que durante los plazos legales para que opere la misma, la acreedora (ni sus supuestas cesionarias) se presentaron a efectuar ningún acto o reclamo que interrumpiera dicho plazo, por lo que cabe tener por operada la misma.

Que por último y como antecedente corresponde tener presente lo resuelto en materia de prescripción por la Excma Cámara Comercial en los autos caratulados **“BASCOY S.A s/ CONCURSO PREVENTIVO” (Expte. 32646/2005)**, los cuales están vinculados con el presente concurso y tramitan por ante este mismo juzgado y secretaria.

## DERECHO CONCURSAL. PRINCIPIOS

**Dres. Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso y  
Horacio Pablo Garaguso**

Institutos de Derecho Comercial y Concursal del Colegio de Abogados de Mar del Plata y de los Graduados de la Universidad Atlántida Argentina.

---

### PONENCIA

**La construcción del nuevo derecho concursal debe estar realizada sobre la base de las necesidades de cada estado, sin que principios “universales” sean atendidos. El derecho concursal es una construcción nacional que debe adecuarse a las reglas constitucionales y convencionales de cada país, a los principios del derecho del mismo y especialmente a las necesidades que tengan en sus realidades económicas.**

---

### FUNDAMENTACIÓN.

Es común en estos días que la construcción de los sistemas concursales se vaya adecuando a ciertos principios internacionales emanados de instituciones como NACIONES UNIDAS, el BANCO MUNDIAL o el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Una prueba acabada de ello es el nuevo derecho de la insolvencia de Méjico, como lo evidencia con claridad LUIS MANUEL C. MEJAN, en su obra GPS CONCURSAL, en sus páginas 31 y siguientes. UNCITRAL, BANCO MUNDIAL E INSOL son la cita reiterada cuando explica los fundamentos del nuevo sistema.

Algo semejante leemos del querido amigo del Perú, Dr. CARBONELL Y EN MUCHOS DE LOS INTEGRANTES DEL “EQUIPO DERECHO CONCURSAL” que el mismo ha creado, y será por cierto la posición del CONGRESO INTERNACIONAL que se realizará en LIMA en el mes de mayo del corriente año.

#### **No coincidimos con esta posición:**

- 1) La administración y resolución de los conflictos concursales es ajena a los poderes ejecutivos y en nuestro sistema legal deben ser resueltas por el

poder judicial. Esto es una consecuencia del sistema constitucional que adoptó nuestro país y forma parte de una estructura normativa irreductible que no puede ser modificada sin reforma constitucional.

- 2) La resolución del conflicto concursal demanda la existencia de un proceso judicial, en el que los intereses particulares convivan con los intereses públicos y sociales que la crisis de insolvencia trae aparejados. No solo es una cuestión del nexun obligacional, sino que tiene que ver con el crédito entendido como dato de la realidad económica en cuya virtud se establece una “generalizada confianza en que las obligaciones serán cumplidas”. No solo debe resolverse la cuestión atendiendo al crédito sino también los derechos de los trabajadores que en nuestro sistema institucional tienen raigambre constitucional y convencional y no pueden ser abdicados por vía legislativa.
- 3) Los sistemas auto compositivos dirigidos por entidades financieras han demostrado que son el marco de la apropiación de empresas reduciendo la competencia y vulnerando los principios constitucionales que garantizan la defensa del consumidor. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LOS CONSUMIDORES DEBE ESTAR PRESENTE CONFORME MANDATOS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES EN TODA LEGISLACIÓN CONCURSAL.
- 4) Una vez aclarados los límites que el sistema jurídico impone para la resolución de la crisis concursal y respetando las soluciones de jerarquía superior la ley de concursos puede ser todo lo creativa que la doctrina entienda, pero no cuando su edificación supone abandonar ciertas reglas que tienen jerarquía superior.

## REFORMAS PROCESALES LEY DE CONCURSOS

**Dres. Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso y  
Horacio Pablo Garaguso**

Institutos de Derecho Comercial y Concursal del Colegio de Abogados de Mar del Plata y de los Graduados de la Universidad Atlántida Argentina.

---

### **PONENCIA.**

**“Resulta necesario reformar y reformular algunos aspectos de índole procesal que encuentra por fundamento la implementación de la tramitación digital de las actuaciones procesales”.**

---

### **FUNDAMENTACIÓN.**

Ciertamente que algunas cosas la Pandemia iniciada allá por el mes de marzo de 2020 ha dejado. Entre ellas, claramente, la implementación de las reformas que hoy nos permiten tramitar expedientes prácticamente de forma digital, agilizándose el desarrollo de los mismos como así también su resolución.

Los procesos concursales obviamente no han sido ajenos a estos cambios habiéndose generado sobre varios aspectos procesales regulados en la ley 24.522 transformaciones tales que ameritarían la reforma de la legislación en estos aspectos de una manera URGENTE. A título de ejemplo se abordaran en este trabajo algunos de estos aspectos mencionados al comenzar la ponencia. A saber:

1) LEGAJO DE COPIAS (art. 279): La ley de concursos en la norma citada ha previsto la necesidad de conformar un legajo de copias con cada una de las actuaciones y presentaciones efectuadas por los órganos, partes y funcionarios que despliegan su actividad en el proceso. El fundamento legal de la creación de dicho legajo radicaba en la multiplicidad de participes y presentaciones que se pueden dar en el marco de un proceso concursal que en muchos casos obstaculizarían la consulta del

mismo a los fines de poder tomar cabal conocimiento del estado procesal de la causa. Ciertamente, mantener con el esquema procesal actual de presentaciones digitales de todos los escritos, documentación y actuaciones que se celebran en el proceso concursal principal como así también en aquellas cuestiones incidentales, no tienen razón de ser. El hecho que hoy se permita acceder vía MEV a los expedientes concursales ha facilitado enormemente la consulta íntegra de los mismos sin necesidad incluso de concurrir a la sede del juzgado para hacerlo. La “obligatoriedad” o necesidad de acompañar una copia más de la presentación que las partes efectúen en un proceso concursal ha perdido sentido y razón de ser desde que se obliga a los justiciables a efectuar sus presentaciones de forma electrónica. Por tal razón, el hecho de mantener la norma de referencia como así también la obligación impuesta por la misma a los secretarios de los juzgados de mantener actualizado el mismo deberían ser objeto de derogación en una futura reforma.

2) APLICACIÓN DEL PLAZO DE GRACIA (art. 124 del CPCBA): La posibilidad concreta de efectuar presentaciones judiciales electrónicas fuera del horario judicial pero dentro del plazo legal computado por días conforme el CCyC (art. 6). Ello nos obliga a replantearnos y reformular la necesidad de mantener el denominado plazo de gracia por cuanto en virtud de la digitalización de los expedientes y las presentaciones electrónicas los plazos deberían vencer el día indicado para ello sin la necesidad de resultar igualmente válidas las presentaciones que se realicen dentro de las 4 horas del día hábil subsiguiente.

3) NOTIFICACIONES: Otro aspecto a rever es el de las notificaciones, por cuanto y de conformidad con los Acuerdos 3971 (abril 2020) y 4013 (firmado en el mes de abril de 2021) por la SCBA con fundamento en la emergencia sanitaria, el aislamiento y las medidas de distanciamiento social, entre otras causas, se procedió a autorizar el uso de la firma digital y a aprobar el Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos. Que dicho reglamento resulta de aplicación obligatoria a todos los procesos en los que sean aplicables las normas sobre notificaciones, comunicaciones y presentaciones previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires o en los que este se aplique supletoriamente. Que de conformidad con lo reglado por el art. 278 de la LCyQ en todas aquellas cuestiones procesales que no estén expresamente resueltas por la misma será de aplicación supletoria los códigos procesales locales en la medida de no resultar incompatibles con la economía y celeridad de los procesos concursales.

Que por tal razón el acuerdo antes mencionado resulta plenamente aplicable a los procesos concursales situación que venimos evidenciando desde ya largos meses.

Que nuestra ley de concursos solo ha previsto en materia de notificación la notificación por nota o tácitamente (principio) y cuando importe la citación a las partes la notificación por cedula. Que por otra parte también cumple claramente una función “notificatoria” las publicaciones edictales dispuestas en distintas etapas del proceso y la remisión de las cartas a los acreedores prevista en la norma del art. 29. Pero con relación a las “notificaciones electrónicas” nada ha establecido.

El acuerdo de referencia incorpora asimismo el art. 2 bis que autoriza a opción de la parte interesada a efectuar ciertas notificaciones (v. gr. traslado de la demanda) a través del “telegrama electrónico”, mecanismo, este último, absolutamente ausente de tratamiento por parte de la normativa concursal.

La ley de concursos no solo no ha regulado de manera expresa la implementación de la firma digital y el sistema de notificaciones electrónicas sino que en los tiempos por los que hoy transitamos resulta necesario y obligatorio adaptar la normativa de fondos con las normas procedimentales que sobre la materia han avanzado y mucho.

4) PROCEDIMIENTOS VERIFICATORIOS: Los cambios también llegaron para quedarse en cuanto a procedimientos verificadorios. En efecto, resulta ya casi una mayoritaria tendencia de nuestros tribunales que al tiempo de la verificación tempestiva se imponga a los síndicos actuantes que reciban los pedidos de verificación de forma física presencial y vía mail. Para ello se requiere a los mismos, al momento de denunciar la información necesaria para incorporar en el texto de los edictos, que se consigne una dirección de e-mail para el envío de las solicitudes, la denuncia de cuenta y cbu para el pago de los respectivos aranceles, etc. Sin perjuicio de ello la LCyQ aún no ha abordado algunas problemáticas relacionadas con aspectos que hoy ya se imponen como, por ejemplo, el uso de firma digital por parte de los litigantes.

Esta circunstancia ha importado un gran avance en el sistema concursal por cuanto ha agilizado y facilitado a los acreedores las presentaciones de las solicitudes de verificación, abaratando los costos que muchas veces demandaba el solo traslado a la jurisdicción donde debía efectuarse el reclamo.

### **Conclusión:**

Estos son solo algunos aspectos que se han visto claramente afectados por

las reformas que introdujeron los avances tecnológicos e informáticos derivados de la Pandemia y que nos obligan a continuar evaluando algunos otros, pero lo que sí resulta claro, a criterio de los aquí firmantes, que demanda la necesidad de una legislación concursal que impone la aplicación a raja tablas del principio del sometimiento del legislador a la realidad y la realidad del mundo actual ha cambiado pero nuestra ley de concursos se ha quedado en el tiempo en la década del '90.

## RECURSO DE APELACIÓN - PRINCIPIOS

**Dres. Guillermo Horacio F. Garaguso, Andrés Alejandro Garaguso y  
Horacio Pablo Garaguso**

Institutos de Derecho Comercial y Concursal del Colegio de Abogados de Mar del Plata y de los Graduados de la Universidad Atlántida Argentina.

---

### **PONENCIA.**

**Recurso de apelación. Principios. “Los avances tecnológicos e informáticos que trajo de la mano la CRISIS generada por la Pandemia ocasionada por el COVID 19 no pueden modificar los principios procesales generales que en materia de recurso de apelación prevé nuestra ley de concursos en el art. 273 y el ordenamiento procesal de aplicación supletoria”.**

---

### **FUNDAMENTACIÓN.**

En el marco de un incidente de continuación de la explotación de la empresa el juez de la quiebra, frente a un recurso interpuesto por la fallida contra una decisión que rechazó el pedido de cese de la explotación por deficitaria, procedió a conceder el recurso de apelación en los siguientes términos: “...Atento el estado de autos remítanse los autos a la Alzada, sirviendo la presente de atenta nota de envío (art. 246 CPCC). En razón del objeto del recurso y la existencia de trámites pendientes y continuos en estas actuaciones, se procede a la radicación de las mismas en el Superior de forma abierta; permitiéndose de esta manera el conocimiento del recurso por parte de la Cámara y la continuidad en lo pertinente en esta instancia (art. 34 inc. 5° CPCC)...”

La decisión adoptada por el juez de primera instancia resulta contraria a derecho y violatoria tanto de las normas procesales generales del procedimiento concursal sino que también vulnera los principios procesales en materia de forma de concesión del recurso de apelación y efectos del mismo.

En efecto, el recurso de apelación en nuestro código de procedimientos civil y

comercial solo puede ser concedido EN RELACION o LIBREMENTE y los efectos con los cuales pueden concederse los mismos son SUSPENSIVO y DEVOLUTIVO, pudiendo agregarse, eventualmente, para algunos supuestos especiales, el efecto DIFERIDO.

Claramente, nuestro código procesal no ha previsto la concesión del recurso de apelación en forma ABIERTA. El fundamento erróneo del decisorio lo apoya el juez sentenciante en los cambios tecnológicos que se introdujeron durante y luego de la Pandemia generada en el año 2020 por el COVID 19 que provocó un avance fenomenal en materia de tramitación de los expedientes judiciales. En efecto, teniendo en cuenta que hoy gran parte de las actuaciones que antes debían ser gestionadas y presentadas por escrito y de forma física en un expediente físico, se han visto sustituidas a la fecha por presentaciones digitales con firma digital y sin que exista un expediente físico. Al mismo tiempo, y en tanto que los sistemas informáticos lo permiten, la remisión del expediente en vista a distintas reparticiones hoy en día se efectúa de manera virtual. En este avance informático el juez sentenciante apoyado en razón de la existencia de trámites pendientes y continuos en el incidente dispone la elevación del expediente y radicación vía virtual o digital a los que llama en forma “ABIERTA” y agregando que esto permitirá la continuidad del trámite del incidente en primera instancia al mismo tiempo que la alzada se avoca al tratamiento y resolución del recurso concedido.

En primer lugar, debemos decir que la forma en que fue resuelta la cuestión viola principios procesales básicos. Sabido es que desde el momento en que el juez concede un recurso de apelación se desprende de su jurisdicción y solo pueden avocarse al tratamiento del recurso los jueces en grado de alzada. Ese desprendimiento de la jurisdicción -deberíamos decir con mayor precisión procesal de su competencia- lo es en razón del grado. Hasta tanto la cuestión debatida no sea resuelta no podrá proseguirse el trámite de las actuaciones si el recurso fuera concedido en relación y con efecto suspensivo, como así lo indican no solo los principios procesales sino también las normas procesales generales concursales.

En segundo lugar, y en el marco de la legislación de la ley 24522, si bien la misma enarbola en el art. 273 el principio de la inapelabilidad de las resoluciones el mismo no resulta absoluto por cuanto cuando la ley admite la interposición del recurso, el mismo deberá ser admitido y concedido por regla, en relación y con efecto suspensivo. Por ello, resulta claramente contrario a derecho más allá de la posibilidad tecnológica que se conceda un recurso de apelación de la forma en que lo hizo el sentenciante, por que si bien ello resultaría posible, viola las reglas y principios.

**NINGÚN ORGANISMO FISCAL PUEDE IMPONERLE A LA CONCURSADA LA NECESIDAD DE INCLUIR SU CRÉDITO EN DETERMINADA CATEGORÍA DE ACREEDORES SI LA DEUDORA VOLUNTARIAMENTE NO LO ACEPTA.**

**Dr. Javier Armando Lorente**

Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial  
Colegio de Abogados de San Isidro

---

**PONENCIA**

**“Frente a la posición que ha adoptado la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (AGIP) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en múltiples concursos preventivos en trámite, donde pretende forzosamente ser incluida en la categoría de acreedores fiscales exclusivamente creada por la deudora para la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), se concluye que –descartado obviamente un obrar abusivo– no es posible obligar a la concursada a incluir a la AGIP dentro de una categoría especialmente diseñada por la deudora para contener los créditos de la AFIP, y resulta completamente lícito que se diferencie en tratamiento de la AGIP (como un acreedor quirografario común) del de la AFIP (como un acreedor quirografario fiscal con un sistema específico de propuesta concursal aceptable por el Fisco nacional).”**

---

**I.- Introducción: unas relativamente recientes tentativas de la AGIP en diversos procedimientos concursales en curso.**

Motiva la presente ponencia la situación que ha debido enfrentar el autor, no en uno sino en varios procesos concursales preventivos en trámite en los cuales, en diferentes instancias procesales –las más de las veces de forma groseramente extemporánea– la AGIP (Fisco de CABA) formula peticiones mediante el cual la presentante solicita se fuerce a incluir a la AGIP dentro de la categoría oportunamente propuesta por la concursada (y así fijada por V.S. en la resolución del art. 42 LCQ) denominada “ACREEDOR FISCO NACIONAL - AFIP (tanto porción quirografaria como privilegiada)” llamada, claro está, a albergar exclusivamente los créditos verificados y/declarados admisibles a la AFIP (Fisco Nacional).

## II.- La cuestión fáctica de la extemporaneidad de las intentonas de la AGIP.

Como anticipara, en los varios casos (“Federal Service SRL s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 4; “Ingeniería Gastronómica S.A. s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 4, Secretaría N° 8; “Uno Gráfica S.A. s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 31, Secretaría N° 61, “EZENTIS ARGENTINA S.A. s/concurso Preventivo”, Juz. Com. N° 4, Secretaría N° 7) el planteo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, además de sustancialmente improcedente, fue manifiestamente extemporáneo.

Cualquier objeción que un acreedor pueda tener a la propuesta de categorización de créditos que formule el deudor (art. 41 LCQ), debe ser articulada por la vía y en la oportunidad del art. 40 LCQ, esto es, dentro de los 10 días hábiles judiciales posteriores a que el Síndico exprese su opinión sobre la propuesta de categorización hecha por el deudor.

Cualquier tardía y extravagante presentación de la AGIP no puede ignorar la preclusión procesal habida al respecto, máxime si –como ocurrió en todos los casos arriba mencionados a título de ejemplo- el planteo resultó posterior a la resolución de categorización por parte del Tribunal (art. 42 LCQ).

Reza el Artículo 42 LCQ: “**Resolución de categorización. Dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la finalización del plazo fijado en el artículo 40, el juez dictará resolución fijando definitivamente las categorías y los acreedores comprendidos en ellas.**” (el **resaltado** y el subrayado no están en el original).

Ergo, habiendo –en los casos de marras- el Tribunal ya fijado la categoría “ACREEDOR FISCO NACIONAL - AFIP (tanto porción quirografaria como privilegiada)”, y quedando incluida en ella sólo el Fisco Nacional, no puede válidamente la AGIP pretender ser incluido en dicha categoría (cuando sus acreencias ya estuvieran incluida en otras –por su porción quirografaria<sup>1</sup> y por su porción privilegiada general-)<sup>2</sup>, pues ello importaría revisar o recurrir lo irrevisable o irrecurrible.

La resolución declarando definitivamente las categorías es irrecurrible, no sólo porque la ley no prevé expresamente recurso alguno contra la sentencia de categorización, por lo que caería dentro de la norma procesal general de inapelabilidad (art. 273 LCQ), sino también porque expresamente el legislador atribuye a tal resolución el carácter de definitiva en el mismo art. 42 LCQ.

---

<sup>1</sup> (i) ACREEDORES QUIROGRAFARIOS (excluyendo a Fisco Nacional - AFIP)

<sup>2</sup> (ii) ACREEDORES CON PRIVILEGIO GENERAL (excluyendo a Fisco Nacional - AFIP).

En uno de los pocos precedentes relevantes de la Cámara Nacional de Comercio de la Capital Federal que se registran sobre el tópico (“Listas Argentinas”, Sala D) se ha dicho que podría pensarse que no es adecuado que una decisión tan delicada y relevante como la de categorización de los acreedores sea absolutamente irrevisable por el Tribunal de Alzada, pero la apelabilidad de esa especie de decisiones introduciría una dilación y complicación en el trámite concursal que no parece admisible ni conveniente.<sup>3</sup>

Siendo que la interpretación absolutamente mayoritaria se inclina por la irrecurribilidad de la resolución de categorización, y tal ha sido consistentemente el criterio de los tribunales de primera instancia, son excepcionalísimos los pronunciamientos de tribunales del Alzada sobre la cuestión.

En un segundo precedente, “Correo Argentino”, la Sala B, sostuvo también la irrecurribilidad de la resolución de categorización.<sup>4</sup>

De todos modos, podemos concluir que, según el primer fallo que hemos mencionado sobre el punto, se ha considerado que la resolución de categorización sería susceptible de nulidad cuando hubiere un error sustancial (“*in judicando*”)<sup>5</sup> que ciertamente no es el caso de marras.

### III.- Improcedencia substancial de la pretensión “recategorizadora” de la AGIP.

Sin perjuicio de la extemporaneidad (o no) de sus planteos, es nuestro criterio que la pretensión misma carece de sustento legal.

La AGIP pretende ser incluida en una categoría donde el deudor claramente NO quiso incluirla. E increíblemente se agravia de ello.

El planteo parece omitir que categorizar es una potestad del concursado,<sup>6</sup> y no un derecho del acreedor de ser categorizado dentro de tal o cual categoría.

<sup>3</sup> LISTAS ARGENTINAS SA s/CONC. PREV. s/INCIDENTE DE APELACIÓN ART. 250, CPROC. - CNCOM. - SALA D - 30/3/1999 DSyC Errepar; Nro.155, Octubre 2000, con comentario de VAISER, Lidia, La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: ¿el abrazo del oso?.

<sup>4</sup> CNCCom., 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

<sup>5</sup> LISTAS ARGENTINAS SA s/CONC. PREV. s/INCIDENTE DE APELACIÓN ART. 250, CPROC. - CNCOM. - SALA D - 30/3/1999 DSyC Errepar; Nro.155, Octubre 2000, con comentario de VAISER, Lidia, La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: ¿el abrazo del oso?.

<sup>6</sup> CNCCom., Sala D, “Metrogas SA s/concurso preventivo s/queja” (Expte. 25381/2011), 21/09/2011.

La categorización propuesta (que pretende un tratamiento diferenciado para los créditos verificados y/o declarados admisibles al Fisco Nacional, tanto en su porción privilegiada como en la quirografaria) no solo no es arbitraria, esto es, resulta completamente razonable (art. Art. 41 LCQ), sino que es normal y habitual en la práctica del fuero.

Sería casi un agravio mencionar la pléyade de resoluciones del art. 42 LCQ dictadas, en las más diversas jurisdicciones del país, en la que se fija específicamente una categoría de acreedores que sólo alberga a la AFIP.

Insistimos: el concursado -sólo él- está en condiciones de justipreciar los beneficios e inconvenientes derivados de la categorización de los acreedores concursales.

No podemos olvidar que las diversas propuestas de acuerdo preventivo deben ser aprobadas por todas y cada una de las distintas categorías de acreedores. Por ello, que cuando el deudor clasifica a sus acreedores debe tener presente que, aunque sólo una de dichas castas no apruebe su propuesta, su destino falencial estará sellado (salvo, claro está, que resulte de aplicación al caso el procedimiento previsto en el art. 48 LCQ).

De allí que la razonabilidad que la AGIP pretende vulnerada por proponer un tratamiento diferente (más aún, si se quiere, discriminatorio) al Fisco de CABA que el propuesto al Fisco Nacional, no es tal, pues la razonabilidad debe juzgarse restrictivamente y en beneficio del deudor quien es el que tiene la potestad legal de categorizar.

La “razonabilidad” se exige porque el abuso del derecho aparece como una expresión de lo no razonable y a ello se ordena, ciertamente, la noción de “ejercicio regular” insertaba en el párrafo primero del art. 1071 del Código Civil –hoy art. 10 CCyC- (conf. Sanz, C., Consideraciones en torno al abuso del derecho, LA LEY, 1981-B, 886). Bien entendido que la razonabilidad aparece cuando se respetan los criterios de racionalidad formal; se logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y se obtiene un máximo de consenso (conf. Atienza, M., Tras la justicia - una introducción al derecho y al razonamiento jurídico, Barcelona, 1993).

De su lado, el carácter restrictivo se justifica porque si bien los jueces están facultados para modificar los derechos establecidos en convenciones y otros actos jurídicos cuando exceden el fin que se tuvo en mira al reconocerlos conforme al art. 1071 del Código Civil (conf. CSJN, 15/7/97, “Astilleros Príncipe y Menghi S.A. c/ Banco Nacional de Desarrollo”, Fallos 320:1495, voto del juez Bossert), cuando se trata de privar de efectos a tales actos, la teoría del abuso del derecho debe utilizarse solamente si aparece manifiesto el antifuncionalismo (conf. CSJN, 28/9/93, “Martínez Sa-

ravia, Miguel Angel s/ concurso preventivo”, Fallos 316:2069; íd. 1/9/87, “Magnasco de Bicchi, María Cristina y otro c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica”, Fallos 310:1705 — LA LEY, 1988-E, 415; íd. 4.8.88 “Automóviles Saavedra S.A.C.I.F c/ Fiat Argentina S.A.C.I.F.”, Fallos 311:1337).

Sugiere, APENAS SUGIERE, al art. 41 LCQ que la clasificación puede hacerse “... *teniendo en cuenta MONTOS verificados o declarados admisibles, la NATURALEZA de las prestaciones correspondientes a los créditos, el CARÁCTER de PRIVILEGIADOS o QUIROGRAFARIOS, o cualquier otro elemento que razonablemente pueda ...*” Apenas para acompañar la docencia iniciada desde el texto legal, puede decirse que las clases de acreedores podrán relacionarse con el monto de los créditos, con su naturaleza comercial o financiera, con su vencimiento, con la moneda de expresión, con su carácter nacional o extranjero, y/o con cualquier fundamento que **razonablemente** justifique la categoría, a criterio del deudor.

Ello es lo que ocurre en la especie cuando el concursado propone, y luego el Tribunal establece, una categoría específica “ACREEDOR FISCO NACIONAL - AFIP (tanto porción quirografaria como privilegiada)”.

Que el crédito de AGIP sea de naturaleza fiscal en modo alguno puede suponer, como pretende la intentona del Fisco del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que la concursada esté obligada a integrar la categoría de acreedores fiscales AFIP junto a la AGIP o, por caso, con cualquier otro fisco provincial o municipal.

Ello por cuanto los planes habituales y extraordinarios de AFIP para deudores concursados son diferentes (más beneficiosos) que los de AGIP o, por caso, de cualquier otro fisco local.

Para ello, basta con comparar el plan de facilidades normado por la Resolución N° 890/MHFGC/20 que la propia AGIP suele citar en sus planteos, con el plan de regularización de deudas vigente de la AFIP, ley 27.562.

Tan normal y habitual resulta que se cree una categoría de acreedores fiscales que exclusivamente incluya a la AFIP (y por tanto que excluya a todos los restantes fiscos provinciales), que desde siempre —y sin perjuicio de moratorias extraordinarias, como la mentada supra— el Fisco Nacional reglamenta moratorias ordinarias para deudores concursados. Actualmente, se encuentra en vigencia la Res. Gral. 3857/2014, que en términos prácticamente idénticos vino a sustituir a la Res. Gral. 970/2001, que a su turno reemplazó a la antigua Res. Gral. DGI N° 4.241.

Por otra parte, la adhesión al plan de AGIP que la propia quejosa reclama, está nutrido de requisitos completamente innecesarios, hasta absurdos si se quiere: por

ejemplo, constancia de la conformidad del síndico para que el concursado suscriba el plan de facilidades de pago y/o la ratificación del juez concursal.

Tales requisitos soslayan no sólo el art. 15 LCQ, sino también que la función del síndico no es dar conformidades para que el deudor cumpla con planes de pago de deuda de causa o título anterior al concurso, ni tampoco el juez está llamado a ratificar tales cosas, salvo en el marco de las facultades homologatorias del art. 52 LCQ.

Y aun cuando los planes de facilidades fueran iguales, sólo por razón del MONTO de los créditos, sería perfectamente legítimo, válidos y razonable que la concursada tratara de modo diferente a la AGIP y a la AFIP. Vaya un ejemplo lapidario al respecto, aun cuando dos créditos sean sustancialmente iguales entre sí, pero uno fuera de \$ 990.000 y otro de \$ 1.010.000.-, ningún óbice podría hacerse a una categorización que discriminara en su tratamiento a los acreedores quirografarios de más de 1.000.000.- de los de menos de 1.000.000.- Reiteramos, sólo el MONTO de los créditos es una de las pautas ejemplificadoras para categorizar créditos contenida en el primer párrafo del art. 41 LCQ.

No obstante lo expuesto, en doctrina que obviamente no compartimos, la Sala E de la CNCOM, en autos “EZENTIS ARGENTINA S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO s/ INCIDENTE ART. 250 RECATEGORIZACIÓN DEL GCBA” (Expte. N° 32341/2019/32), con fecha 14/12/2021 revocó una resolución del Tribunal de Grado e hizo lugar al planteo “recategorizador” de la AGIP, exponiendo una doctrina judicial diametralmente opuesta a la sostenida por la Sala D de la CNCOM. en pronunciamiento dictado en fecha 26/12/2019, en los autos caratulados: “Organización Anselmi SRL s/ Concurso preventivo” (Expte. N° 8406/2016), por lo que mínimamente supone que, más bien temprano que tarde, deberá obtenerse una doctrina plenaria de la citada CNCOM. que ponga fin a la incertidumbre de marras.

#### **IV.- CONCLUSIÓN.**

El deudor no puede ser forzado a incluir en una cierta categoría de acreedores (Fisco Nacional AFIP) a los créditos correspondientes a otros fiscos provinciales y/o municipales, sólo porque sean parecidos o similares en su naturaleza a los de la AFIP.

El deudor se encuentra plenamente facultado para tratar diferenciadamente (y si se quiere ser más enfático, discriminar) a acreedores que objetivamente pueden ser sustancialmente similares entre sí, si existen razones legales y/o fácticas para hacerlo, siempre sin incurrir en la irrazonabilidad que fulmina el art. 41 LCQ.

## APROVECHAMIENTO DE LAS CONFORMIDADES ARRIMADAS POR EL DEUDOR DURANTE EL PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD POR LOS TERCEROS INSCRIPTOS EN EL PROCEDIMIENTO DE SALVATAJE.

**Dr. Javier Armando Lorente**

Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial  
Colegio de Abogados de San Isidro

---

### PONENCIA

“El/los tercero/s inscripto/s para participar en el procedimiento de salvataje regulado en el art. 48 LCQ (horriblemente llamado *cramdown* en la experiencia vernácula) pueden aprovecharse de, y tener como propias, las conformidades arrimadas por la concursada durante el período de exclusividad, siempre y cuando la propuesta de el/los tercero/s inscripto/s sean iguales y/o constituyan una ostensible mejora a la propuesta exteriorizada por la concursada y previamente conformada por los acreedores (aunque en número insuficiente para haber alcanzado la doble mayoría del art. 45 LCQ).”

---

### I.- Palabras preliminares - Homenaje.

Las palabras introductorias de la presente ponencia suponen un sinceramiento del autor de la misma, respecto que la creación intelectual última de la misma no es propia, sino que fue una idea increíblemente inteligente e innovadora de quien fuera mi amigo y socio: Dr. Jorge Osvaldo López<sup>1</sup>.

Dentro de la casi ilimitada capacidad de generar ideas creativas (internamente las dimos en llamar “ocurrencias”) está el germen de la presente ponencia, que –muy sucintamente- puede resumirse en que los terceros inscriptos en el procedimiento de salvataje puede basarse, al igual que la propia concursada -en su “segunda oportu-

---

<sup>1</sup> Indudablemente la mente jurídica más creativa y original con la que he de interactuar en mis casi 35 años de ejercicio profesional. Jorge era un pensador “fuera de la caja”, que muy difícilmente tuviera una solución ortodoxa para los complejos problemas jurídicos que se le confiaban profesionalmente.

nidad”-, en las conformidades arrimadas por la deudora durante el período de exclusividad y que, en consecuencia, siempre que se trate de una mejora evidente u ostensible, ni la propia concursada (he aquí la solución común) ni el tercero inscripto (he aquí la genialidad de Jorge), deben volver a obtener tales conformidades sino que sólo deben procurar aquellas restantes para alcanzar la doble mayoría del art. 45 LCQ.

## II.- El silogismo subyacente.

El razonamiento que respalda la presente ponencia es el siguiente:

1. En caso de mejora (evidente si se quiere) de la propuesta concordataria, las conformidades otorgadas por los acreedores a la versión anterior resultan válidas y vinculantes y no es necesario obtener nuevas adhesiones a la propuesta mejorada<sup>2</sup>;
2. Durante el salvataje (art. 48 LCQ), el/los tercero/s inscriptos no formulan propuestas a título personal sino que lo hacen por cuenta y orden de la persona jurídica concursada; entonces
3. Las conformidades otorgadas por los acreedores verificados y/o declarados admisibles a la última propuesta concursal exteriorizada por la concursada durante el período de exclusividad resultan también válidas y vinculantes en beneficio de el/los tercero/s inscriptos cuando estos formula/n su/s propia/s propuesta/s siempre que esta/s sea/n igual/es a la aceptada previamente y/o constituya/n una innegable mejora respecto de la anterior

De las dos premisas de la que está formado el silogismo, sólo creemos que podría despertar dudas la primera y, persuadido el destinatario de la validez de la misma, la conclusión a la que se llega es el resultado lógico que se deduce de las dos premisas.

Salvo que nos atengamos a una interpretación exegética de la última frase del primer párrafo del art. 45 LCQ, y que se entienda que una “mejora” es lo mismo que una “modificación”, la opinión mayoritaria resulta coincidente con el principio elemen-

---

<sup>2</sup> A pesar de la última frase del primer párrafo del art. 45 LCQ (“Sólo resultarán válidas y computables las conformidades que lleven fecha posterior a la última propuesta o su última modificación presentada por el deudor en el expediente.”), existe un fuerte consenso en doctrina y en jurisprudencia en sentido contrario. Sin tener que profundizar demasiado la indagación, en la enorme mayoría de los casos de aplicación pretoriana de la “tercera vía”, los Tribunales NO han exigido al deudor la obtención de nuevas conformidades.

tal del proceso concursal es: garantizar el éxito de la solución concordataria y la conservación de la empresa y sus fuentes de trabajo.

Resulta claro que cualquier modificación en los términos de la propuesta que constituya una mejora sustancial para la masa de acreedores respecto del modo de pago de sus créditos (monto, plazos o intereses), deberá ser considerada aceptada aun cuando ya se hayan extendido conformidades con la propuesta anteriormente exteriorizada por la deudora. Esto es, sin que sea necesario -en absoluto- contar con nuevas conformidades, y teniéndose en cuenta a los fines del cómputo de las mayorías también aquellas documentadas con anterioridad a la mejora.

Cualquier otra interpretación al respecto no resulta compatible con el fin último de la normativa concursal tendiente a lograr el acuerdo del deudor con sus acreedores.

Una interpretación apropiada al proceso concursal es permitir mejorar la propuesta en todo tiempo en tanto no se haya decretado la quiebra. Tan es así que, en la práctica, y en particular en aplicación de la archiconocida “tercera vía” (cuya autoría intelectual puede hallarse en la pluma de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci), tratándose de mejoras, ni siquiera se requiere la conformidad con la última propuesta, pues resulta evidente que quien ha aceptado una propuesta peor aceptará aquella en su versión mejorada, otra solución sería abusiva, y contraria al espíritu de la normativa concursal que sin dudas pretende evitar consecuencias disvaliosas tanto para el deudor como para los acreedores.

Se ha sostenido al respecto que: *En consecuencia, visto que la concursada, se reitera, ha mejorado la propuesta, en esta instancia, y dicha mejora no ha sido objetada por la sindicatura a fs. 1500/2, contemplando ahora intereses compensatorios desde la presentación concursal, no se advierte la necesidad de que la misma sea puesta a consideración de sus acreedores quirografarios pues, el acuerdo preventivo original -votado por las mayorías requeridas legalmente contenía para ellos condiciones menos ventajosas que las actuales. Por lo tanto, a fin de no dilatar la petición de la concordataria tendiente a lograr la solución preventiva, esta Sala estima que corresponde homologar la nueva propuesta concordataria presentada a fs. 1.483/1.484, en este marco procedimental*<sup>3</sup>.

En idéntico sentido se ha dicho que: *“Este Tribunal ha admitido en anteriores*

---

<sup>3</sup> CNCom, Sala A, “Hebos S.A. s/ Concurso preventivo”, 04/05/2010, La Ley Online, AR/JUR/21370/2010

oportunidades la aplicación del pretoriano instituto de la “tercera vía” apuntado a permitir a la concursada la posibilidad de concretar con éxito su propuesta, brindándole la alternativa de efectuar una readecuación de los términos de su acuerdo que permita salvaguardar los derechos de los acreedores. Ello importa recurrir a este instituto, soslayando el plazo acordado por la ley concursal; como alternativa a la disyuntiva homologación o quiebra, protegiendo los intereses de la conservación de la empresa y de las fuentes de trabajo” <sup>4</sup>.

En este mismo orden de ideas se sostuvo que: “(...) de acuerdo con los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema” <sup>5</sup>.

A partir de tales antecedentes se ha admitido y decretado la homologación de propuestas concordatarias que incluso han sido mejoradas en la Alzada, para las cuales no se ha exigido la presentación formal de nuevas conformidades certificadas.

Concordantemente, la doctrina ha dicho que exigir una nueva ronda de conformidades, podría configurar un exceso ritual manifiesto <sup>6</sup>.

Y ello, responde a toda lógica y coherencia, puesto que es evidente e implícita la ratificación de conformidad de un acreedor, frente a una propuesta superadora que sólo puede redundar en un absoluto beneficio, al que por supuesto no se negaría<sup>7</sup>.

Persuadidos –eso espero– los destinatarios de la presente de la primer premisa del silogismo, la segunda no debe representar ningún desafío.

Salvo la estúpida referencia contenida en la última oración del segundo párrafo de insólito art. 48 bis LCQ (“La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan

---

<sup>4</sup> CNCom, Sala B. “Petrolera Argentina S.A. s/ Concurso preventivo”, 27/03/2017.

<sup>5</sup> CSJN, “Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, 15/03/2007, Disidencia de los Señores Ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni.

<sup>6</sup> V Congreso Argentino de Derecho Concursal – III Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, “Derecho concursal argentino e iberoamericano”, Tomo II, Año 2003, Página 659.

<sup>7</sup> De todas maneras, en nuestra propia práctica profesional, solemos introducir un párrafo dentro de la propuesta concordataria cuya adhesión se pretende de los acreedores, que deje aún menos espacio interpretativo, expresando: Conformidad con las modificaciones a la propuesta: La adhesión de cada acreedor a la propuesta será irrevocable e implica su conformidad con las modificaciones que la concursada haga a la propuesta, siempre y cuando las mismas consistan en mejoras objetivas.

de las conformidades presentadas.”), es una verdad de Perogrullo que el/los tercero/s inscriptos cuando formula/n su/s propia/s propuesta/s concordatarias, no lo hacen asumiendo obligaciones propias (salvo que así emane explícitamente del texto de las mismas) y que en realidad formulan las propuestas por cuenta y orden la de persona jurídica concursada, que siempre es la única deudora de las prestaciones que emanan de dichas propuestas.

### **III.- La necesaria conclusión lógica: el aprovechamiento de las conformidades arrimadas por la concursada por parte de el/los tercero/s inscriptos.**

Teniendo en consideración las dos premisas del razonamiento, y ya transitando el procedimiento del salvataje, siempre y cuando la propuesta de el/los tercero/s inscripto/s sean idénticas y/o constituyan una ostensible mejora a la última propuesta exteriorizada por la concursada, todas aquellas conformidades obtenidas por la persona jurídica concursada durante el período de exclusividad (art. 43 LCQ) y aportadas en el expediente (aunque en número insuficiente para haber alcanzado la doble mayoría del art. 45 LCQ), pueden ser “aprovechadas” por el/los tercero/s inscripto/s, encontrándose –al respecto– en igualdad de condiciones que el propio deudor como expresamente señala el art. 48 LCQ: *“El deudor recobra la posibilidad de procurar adhesiones a su anterior propuesta o a las nuevas que formulase, en los mismos plazos y compitiendo sin ninguna preferencia con el resto de los interesados oferentes.”* (art 48 inc. 4° primer párrafo in fine LCQ)

Es clave, desde nuestra óptica, entender que las conformidades obtenidas durante el período de exclusividad lo fueron en beneficio de la persona jurídica concursada, y no de su órgano de gobierno ni de su órgano de administración particularmente, y que el salvataje del art. 48 LCQ no importa modificar el sujeto deudor (la persona jurídica concursada continuará siendo siempre la misma), sino apenas el reemplazo –de prosperar la oferta por uno de los terceros inscriptos– de los integrantes del órgano de gobierno (accionistas/socios) y, subsecuentemente, la modificación del órgano de administración.

Si se compartiera la conclusión del silogismo subyacente, el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia” (art 48 inc. 4° segundo párrafo LCQ) no necesitará/n obtener nuevamente las conformidades de los acreedores verificados y/o declarados admisibles que ya obren agregadas en el expediente, reiteramos, siempre y cuando su/s propuesta/s sean idénticas y/o constituyan una ostensible mejora a la última propuesta exteriorizada por la concursada, y podrán “apro-

vechase” y/o “apalancarse” en dichas conformidades, restándole sólo obtener las necesarias para alcanzar la doble mayoría del art. 45 LCQ.

Todo ello, claro está, asumiendo también que el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia”, no alteren las categorías fijadas en oportunidad del art. 42 LCQ.

Dicho esto, resta señalar que los acreedores no podrían en esta instancia retractar sus aceptaciones. Esto, toda vez que, conforme lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, otorgada la aceptación -a cualquier propuesta- esta puede ser únicamente retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que tal propuesta (CCCN: 981).

La conformidad es un acto jurídico, voluntario, unilateral y expreso (CCCN: 957 y 972) que tiene como consecuencia directa consagrar la relación jurídica entre las partes, siempre que se hallen observadas los recaudos y formalidades que las leyes disponen (conf. Art. 45 y 46 LCQ y 259, 285 286 y 2649 del CCCN).

Cumplidos los extremos fácticos y jurídicos expuestos en la presente (referidos a la inexistencia de modificación en la categorización y que la propuesta tiene que constituir una mejor), refutar la conclusión propugnada sólo por una presumida posibilidad de que los acreedores que ya hubieran prestado su conformidad podrían retractar la misma, siquiera resulta ajustado a derecho.

La doctrina especializada nos recuerda que el principio de legalidad “*impone que toda limitación a la libertad del individuo debe resultar, necesaria y exclusivamente de una ley, sancionada por el órgano legislativo, que esté encuadrada en la Constitución Nacional, restrictivamente interpretada, de manera que en caso de duda haya que estarse en favor de la libertad*”. Esta interpretación restrictiva es la que debe primar en la ponderación judicial, pero ello no es lo que se desprende de la exigencia de obtención de nuevas conformidades cuando se trate de propuesta/s de el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia”.

La omisión en la aplicación del derecho vigente, a la que hacemos referencia, también vulneraría la garantía de defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional). Ello así, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A saber: “...pues la garantía de defensa en juicio no sólo comprende la de ofrecer y producir pruebas sino, también la de obtener una sentencia que sea una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso” (Fallos 330:230).

#### **IV.- CONCLUSIÓN.**

Una interpretación armónica y sistémica del art. 48 LCQ, nos lleva a concluir que el/los tercero/s inscripto/s, durante el período de “competencia” o “conurrencia”, no necesitará/n obtener nuevamente las conformidades de los acreedores verificados y/o declarados admisibles que ya obren agregadas en el expediente, reiteramos, siempre y cuando su/s propuesta/s sean idénticas y/o constituyan una ostensible mejora a la última propuesta exteriorizada por la concursada, y podrán “aprovecharse” y/o “apalancarse” en dichas conformidades, restándole sólo obtener las necesarias para alcanzar la doble mayoría del art. 45 LCQ.

**PREVALENCIA DE LOS JUZGADOS CONCURSALES POR SOBRE LOS PENALES EN CASO DE YUXTAPOSICIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LA LIQUIDACIÓN DE ACTIVOS Y SU DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS ACREEDORES/VÍCTIMAS: A PROPÓSITO DE UN RECENTÍSIMO PRONUNCIAMIENTO DE LA CSJN**

**Dr. Javier Armando Lorente**

Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial  
Colegio de Abogados de San Isidro

---

**PONENCIA**

**“Prevalece la competencia del Juez Concursal, y no la del Juez Penal, cuando uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso (definitivo o cautelar) ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal”.**

---

**I.- El recentísimo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Con fecha 25 de octubre de 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Hope Funds S.A. s/ incidente de conflicto de competencia”, (Competencia COM 3995/2017/215/CA 56-CS1) dirimió un conflicto de competencia que se había generado entre un Juzgado Nacional de Primera Instancia de la Capital Federal (N° 30, a cargo del Dr. Sebastián Sanchez Cannavó) y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 (a cargo de la Dra. María Romilda Servini).

En el primero de los juzgados referidos tramita la quiebra de la firma “Hope Funds S.A.” mientras que en el segundo tramita el expediente FSM 24168/2014, “Blaksley, Enrique Juan y otros s/inf. Artículo 303 del C.P.”.

El conflicto entre los dos Tribunales se originó en que ambos reclamaban competencia para decidir sobre el destino de los activos (dividendos y valor de liquidación) que proviniesen de la liquidación de las acciones que la fallida (Hope Funds S.A.) ostentaba en la sociedad Emprendimientos Recoleta SA S.A., el concursal para incluirlo dentro del proyecto de distribución falencial y el penal como forma de asegurar su posible decomiso, las eventuales penas pecuniarias y accesorias en caso de recaer una condena.

Por resolución del 8 de octubre de 2019, el juez comercial requirió al juzgado penal que ponga a su disposición todos los bienes, efectos o dinero que hubiera obtenido del embargo preventivo y cualquier otra medida que se hubiera hecho efectiva sobre el patrimonio de la empresa en quiebra Hope Funds. Ya elevada parcialmente a juicio la referida causa penal, el Tribunal Oral n° 4, por auto del 10 de noviembre de 2020, se negó a lo solicitado, invocando el ejercicio de facultades exclusivas previstas en el artículo 305 del Código Penal. Con la insistencia del juez comercial (sobre la que ampliaremos *infra*) quedó trabado el conflicto de competencia y las actuaciones fueron elevadas a la Corte.

Si bien el fallo de la CSJN es raquíticamente escueto (apenas expresa que “*Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, que esta Corte comparte y hace suyos por razones de brevedad ...*”), lo cierto es que pone fin a una cuestión y debate, de manera completamente acertada a nuestro criterio, pero sobre un tópico que es motivo de preocupación y estudio (mucho más profundamente en otras latitudes y algo más recientemente entre nosotros), asigna competencia al Juzgado concursal.

Lamentablemente, el Dictamen del Dr. Eduardo Casal, de fecha 21.04.2021, no es mucho más revelador, ya que apenas se expresa en él: “*... la cuestión planteada es sustancialmente análoga a la resuelta por V.E., con remisión al dictamen de esta Procuración General, en el expte. FCB 5650/2014/49/CS1, “Rodrigo, Eduardo Daniel y otros s/asociación ilícita”, resuelta el 27 de febrero de 2018, a cuyos fundamentos cabe remitir en beneficio de la brevedad”*”.

## **II.- La resolución del Juez Concursal resistiendo la competencia del Juez Penal.**

El Dr. Sanchez Cannavó, inicialmente mediante resolución del 17/07/2019 entendió que el pedido de su colega penal importaba un pedido de inhibitoria y oposición a que el Tribunal concursal entendiera en la conservación, administración y distribución de los fondos que la fallida tenía por cobrar en condición de socia de Emprendimientos Recoleta SA, formó el respectivo incidente de conflicto de competencia y se le corrió traslado a la sindicatura y al agente fiscal.

La sindicatura refirió que “*todo lo relativo a las cuestiones patrimoniales vinculadas a la fallida queda bajo la exclusiva órbita del Tribunal Comercial. Señaló que aunque se haya promovido una causa penal, la ley concursal establece el desapoderamiento de la fallida y que la administración, enajenación y distribución de los bienes queda a cargo de la sindicatura designada por el Tribunal Comercial. Citó doctrina y jurisprudencia*”.

dencia. Señaló que los bienes sujetos al decomiso penal, al existir un proceso concursal, deben primero sujetarse al sistema concursal y en caso de existir un saldo, el mismo puede ser entregado al Estado Nacional, Provincial o Municipal de conformidad con el art. 29 del CP. Destacó que ello no implica que la Justicia Penal no pueda investigar los delitos cometidos por Hope Funds SA ni disponer medidas tendientes a la protección de los activos.”

En las antípodas, la Representante del Ministerio Público Fiscal se expidió y con una menuda cita del art. 23 del CP<sup>1</sup> consideró que le asistía razón a la Juez Penal toda vez que el embargo fue decretado con fines de decomiso en el marco de una investigación que se encontraba en trámite por ser bienes que habrían provenido de la comisión de un delito.

Así las cosas, y en condiciones de resolver, el Juez Concursal, con fecha 8 de octubre de 2019, fundó –apoyándose fuertemente en la opinión de la Sindicatura- su

---

<sup>1</sup> El “Decomiso”, regulado en el art. 23 del Código Penal (texto según Ley 25.815 del año 2003): En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

*Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.*

*Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.*

*Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.*

*Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquella dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.*

*En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.*

*El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.*

*El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.*

propia competencia en los siguientes términos: “La quiebra es un proceso tendiente a liquidar todos los bienes del fallido, para con el producido hacer frente a las obligaciones asumidas por el deudor con los acreedores concurrentes. Con la declaración de la quiebra se produce el desapoderamiento de pleno derecho de los bienes de la fallida existentes a la fecha de la declaración de la falencia y los que adquiriera hasta su rehabilitación (art. 107 LCQ). La administración de esos bienes desapoderados queda a cargo de la sindicatura, quien participa de la disposición de los mismos en la medida fijada por la ley (art. 109 LCQ).

*La quiebra se rige bajo los principios de universalidad, colectividad e igualdad.*

*En relación a la universalidad, el art. 1° LCQ dispone que el concurso –en este caso, la quiebra– produce efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las excepciones legalmente establecidas respecto de bienes determinados. El principio de colectividad alude a que todos los acreedores del deudor de causa o título anterior a la declaración de quiebra quedan sometidos al proceso liquidatorio. En ese sentido, el art. 125 LCQ establece que “...Declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma...” y el art. 126 LCQ dispone que “Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista por Artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley”.*

*Finalmente, también en materia de concursos y quiebras rige el principio de “igualdad” de acreedores, según el cual todos ellos concurren al proceso universal en iguales condiciones, soportando de manera equivalente las particularidades que impone el procedimiento falencial; salvo lo relativo a las preferencias previstas en la ley –como por ejemplo el caso de los acreedores pronto pagables a los que alude el art. 16 de la norma– o el régimen de privilegios establecido en el Título IV, Capítulo I.*

*Esos principios de universalidad, colectividad e igualdad son de orden público. Mediante los mismos se intenta proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que incurre el deudor. A ese fin se ordena el ejercicio de las pretensiones contra el fallido y su satisfacción mediante un procedimiento obligatorio para todos los acreedores. Ello encuentra sustento en la norma básica del ordenamiento jurídico que protege el derecho de propiedad y de igualdad del conjunto de los involucrados (Héctor Cámara, “El Concurso Preventivo y la Quiebra”, T. I, pág. 232 y s.s.; ídem. CSJN, del 15/04/2004, Florio y Compañía I.C.S.A. s/concurso preventivo s/inc. de verificación de crédito, por Niz Adolfo Ramón, T. 327, f. 1.002).*

*Por otro lado, reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro. Tal calidad solo puede surgir de la ley (artículos 3875 y 3876 del Código Civil derogado y 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación). Cualquier debate sobre el reconocimiento de privilegios en el marco de un proceso falencial debe necesariamente abordarse de manera sistémica o integral, pues lo que está en juego no es solo la relación entre el deudor y sus acreedores sino —especialmente— la de estos últimos entre sí, ya que la preferencia que se otorgue a cualquiera de ellos es correlativa con el mayor sacrificio que deberán soportar los demás. En efecto, admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos que podría generar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general (CSJN, del 06/11/2018, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”).”*

Continúa luego desarrollando el Juez Sánchez Cannavó que los activos sobre los cuales se había generado la disputa interjurisdiccional (acciones de la sociedad Emprendimientos Recoleta S.A.) “... no constituyen un supuesto de exclusión del régimen de universalidad al que alude el art. 1° LCQ referenciado. Además, la legislación concursal no confiere privilegio ni ningún orden de prelación en el cobro a los bienes de la fallida embargados o decomisados en una acción penal.

*Advierto que, al margen de lo que dispone la legislación concursal, el propio art. 23 CP —que autoriza al juez penal a adoptar las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso de bienes relacionados con los delitos que investiga— expresa-mente establece que “En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado o de terceros”. Y justamente en este proceso liquidatorio existen derechos de terceros que se relacionan con esos activos. Véase que hasta el momento se presentaron 2325 insinuaciones tempestivas en la oportunidad del art. 32 LCQ y se iniciaron por lo menos 79 solicitudes de verificación tardía (art. 56 LCQ) —muchas de las cuales ya han sido admitidas por el Tribunal—.*

*De ello se deriva que existen innumerables acreedores de Hope Funds SA que pretenden derecho sobre los bienes embargados.*

*No soslayo que la legislación penal habilita al juez de ese fuero a fijar indemnizaciones por el daño material y moral causado a las víctimas que pueden constituirse como querellantes en esas actuaciones (art. 29 y ctes. CP) y que la tramitación de la causa penal seguramente genere gastos que pueden ser reconocidos en la sentencia penal —por ejemplo, honorarios de letrados o auxiliares de justicia, gastos tendientes a la conservación de los bienes en cuestión, entre otros— (art. 29 y 533 CP).*

*Sin embargo, lo cierto es que es en este proceso de quiebra –encaminado a llevar a cabo la liquidación de los bienes del deudor–, donde deben debatirse con toda amplitud los privilegios de los acreedores y darle a cada uno lo suyo, en el orden de prelación y en la proporción debida a sus respectivas acreencias (CSJN, del 05/09/1969, Alberto A. Natin –con remisión al dictamen del Procurador General–; ídem. del 05/06/1984, Raúl Rascovsky y otros s/Quiebra –con remisión al dictamen del Procurador General–). En ese marco, los derechos que pudieran reconocerse en sede penal a los eventuales damnificados o profesionales intervinientes se encuentran protegidos por la legislación concursal. El art. 56 concede un plazo de seis meses desde que queda firme la sentencia que reconozca el derecho para presentarse en la quiebra a solicitar la verificación de sus créditos. Y los gastos en que pudiera incurrirse en la conservación de los bienes de Hope Funds SA podrían quedar comprendidos en el supuesto del art. 240 LCQ, que establece una preferencia en el cobro respecto de los restantes créditos contra la fallida”.*

*Y llegando entonces al meollo de la cuestión, se pronuncia con contundencia el Juez Concursal afirmando: “Juzgo entonces que la quiebra de Hope Funds SA ejerce atracción jurisdiccional sobre las cuestiones patrimoniales actualmente planteadas en sede penal, ya que los principios universalidad, colectividad e igualdad que rigen el proceso confieren facultad excluyente del juez a cargo del trámite para entender y disponer de los bienes de la fallida. Lo contrario importaría que el eventual derecho creditorio de los querellantes goce de una prerrogativa supraconcursal sobre el resto de la masa acreedora de la entidad quebrada (CSJN, del 27/02/2018, Rodrigo Eduardo Daniel y otros s asociación ilícita 5650/2014/49/cs1; ídem, Raúl Rascovsky –ya citado–), lo que no está previsto legalmente.*

*A todo evento, si quedara un remanente luego de cancelados los créditos verificados, los pendientes de resolución y abonados los intereses suspendidos de conformidad con el art. 129 LCQ, así como los gastos y costas de la quiebra, nada obsta a que en lugar de entregarle el remanente al deudor tal como establece el art. 228 CP, el mismo pueda ser entregado al Estado Nacional, Provincial o Municipal en razón del decomiso penal.*

*Por todo ello, considero que la liquidación y disponibilidad de los bienes obtenidos en el marco de una investigación llevada a cabo en sede penal, le corresponden a este Tribunal a cargo de la quiebra de Hope Funds SA.*

*Lo que aquí se decide de ningún modo implica poner en tela de juicio la facultad que el CP y el CPP le confiere a la Juez Penal de adoptar medidas cautelares y precautorias suficientes para asegurar la custodia, administración y conservación. Por el*

contrario, lo juzgado se traduce en la continuidad de ambos juicios –el penal y el comercial– en el marco de las respectivas competencias”.

Se comparten in totum los argumentos trazados por el Dr. Sanchez Cannavó en la resolución transcripta.

### **III.- Algunos argumentos adicionales a los esbozados por el Juez Concursal y que refuerzan la razonabilidad de la competencia del mismo y la solución finalmente alcanzada por la CSJN.**

Si bien el fenómeno no es para nada novedoso en sistemas comparados, especialmente en el norteamericano, el tópico si es novedoso en la Argentina, por lo que la disputa conceptual y jurisdiccional a que pone fin el fallo de la CSJN en el caso “Hope Funds” pone en su correcto quicio lo que hemos denominado como una INTERSECCION entre procedimientos penales y concursales en lo relativo a los alcances que uno y otro tienen sobre los activos que en sede penal se corresponden a la conducta típica, antijurídica y culpable que se le imputa a un sujeto y que, al mismo tiempo, conforman la masa falencial activa sujeta a liquidación y distribución en el marco de un proceso concursal sobre ese mismo sujeto<sup>2</sup>.

Esta situación de “intersección”, que fácilmente puede mutar en CONFRONTACIÓN entre ambos Jueces (el penal y el concursal), tal como ostensiblemente ocurrió en el caso “Hope Funds – Blaksley”), y que operacionalmente debería concluir en una COORDINACIÓN o COLABORACIÓN entre ambos, dejando que cada Juez (en verdad cada microsistema jurídico: el penal y el concursal) opere en el ámbito propio de los intereses jurídicos que tutela y aplique el ordenamiento jurídico en forma eficaz y eficiente, no ha sido objeto de muchos estudios académicos nacionales hasta ahora

Además de los dos trabajos de propia autoría sobre la cuestión mencionados en la nota el pie precedente, son muy pocos los trabajos que, desde fuente concursal, se han ocupado de la cuestión<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> LORENTE, Javier Armando, “EFECTOS DE PROCESOS CONCURSALES Y PENALES PARALELOS SOBRE LOS ACTIVOS QUE CONFORMAN LA MASA FALENCIAL Y QUE SON TAMBIEN SUSCEPTIBLES DE DECOMISO EN SEDE PENAL: Confrontación o coordinación”, y “ALGO MÁS EN MATERIA DE COORDINACION ENTRE PROCESOS CONCURSALES Y PENALES PARALELOS SOBRE LOS ACTIVOS QUE CONFORMAN LA MASA FALENCIAL Y QUE SON TAMBIEN SUSCEPTIBLES DE DECOMISO EN SEDE PENAL”, ponencias presentadas al X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL. SANTA FE. 2018.

<sup>3</sup> TRUFFAT, E. Daniel, “EL DERECHO CONCURSAL Y LAS NORMAS SOBRE ACTIVOS MAL HABIDOS” libro en homenaje a los primeros diez años de la Ley de Concursos de la República Oriental del Uruguay;

El fraude, y la obtención de recursos a través del mismo, ha sido desde siempre motivo de preocupación tanto del **derecho penal** como del **falencial**, puesto que como tal, el fraude hace borrosa la delgada línea que existe entre **las dos vías más antiguas de obtención de capital que conoce la Humanidad: el pedir prestado y el robar.**<sup>4</sup>

Así, siempre que la conducta fraudulenta afecte intereses privados y múltiples, cuando un esquema de financiamiento fraudulento colapsa, el mismo sujeto responsable y los mismos activos habidos como consecuencia del obrar delictivo pueden ser alcanzados bajo dos regímenes paralelos: el criminal y el concursal.

El Estado, en su conjunto, debe decidir si la actuación del defraudador debe resolverse bajo la óptica falencial, esto es, del derecho privado (protección del interés de los acreedores, liquidación de activos y distribución de su producido entre acreedores genuinos, régimen de preferencias/privilegios, acciones de recomposición patrimonial, etc.), bajo la óptica penal, esto es, del derecho público (como un crimen contra la sociedad), o ambos simultáneamente.

Indudablemente que bajo ambos, pero en lo que atañe al régimen de liquidación de los activos alcanzados por ambos procesos (falencial y penal) y su distribución entre los acreedores (víctimas) genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ, ello sólo puede proveerlo el Tribunal concursal.

La pregunta subyacente en la disputa conceptual, y también en la jurisdiccional es la siguiente: ¿Qué sucede si respecto de todos o parte de los activos de los cuales el delincuente fue desapropiado existe una masa de acreedores (muchos de ellos coincidentes con las “víctimas” o “damnificados” del accionar criminal del infractor, pero no sólo ellos, sino también otros acreedores y/o terceros de buena fe que tienen vocación de cobro de sus créditos y/o reclamos sobre los mismos activos) y, obviamente, el producido de la liquidación de tales activos se manifiesta como insuficiente para satisfacer íntegramente a la totalidad de los acreedores genuinos?

Allí es donde necesariamente entra en juego la disciplina concursal, sus principios rectores y sus reglas centenarias (y por tanto hartamente testeadas y equitativamente

---

FAVIER DUBOIS, Eduardo y SPAGNOLO, Lucía, “CONCURSO PREVENTIVO DE LA EMPRESA VS. PROCESO PENAL CONTRA LOS EMPRESARIOS. DOCE INTERROGANTES SOBRE EL “STARE DECISIS”, ponencia presentada al X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL. SANTA FE. 2018.

<sup>4</sup> GEBBIA, Karen M., *Our Mini-Theme: The Intersection Between Fraud, Crime, Bankruptcy and Asset Forfeiture*, *Business Law Today*, June 2012.

justas), tanto en sus facetas rehabilitatorias (Concurso Preventivo / Acuerdo Preventivo Extrajudicial) como liquidatoria (Quiebra).

Principios tales como la universalidad activa/pasiva, la unicidad del proceso, la conservación de la empresa en crisis, el tratamiento igualitario de los acreedores, la “conveniencia para la continuación de las actividades del concursado” y la “protección de los intereses de los acreedores”, arg. Art. 16 LCQ, el régimen de preferencias y/o privilegios en materia de satisfacción de créditos, la protección de la fuente de trabajo, los procedimientos probados (aunque mejorables por cierto) de incautación, liquidación y distribución de activos, el concepto (algo arcaico) de ejecución colectiva, y, en términos generales, un sinnúmero de otros principios e institutos nacidos al calor de la justicia distributiva distintiva del Derecho Concursal.

Frente a la casi segura insuficiencia patrimonial del delincuente o de las personas humanas y/o jurídicas afectadas por el obrar ilícito de aquel (en algunos supuestos podrían incluso llegar a ser negocios legítimos pero afectados por el obrar ilícito en razón de haber sido creados, sostenidos y/o ampliados con recursos provenientes del delito), y en caso de existencia de una multiplicidad de acreedores, víctimas y/o damnificados, la necesidad de un procedimiento universal/concursal se hace ineludible, con todo lo que al mismo viene asociado: amplias facultades jurisdiccionales sobre el patrimonio activo del deudor, sin importar donde estén ubicados los bienes y/o quien materialmente detente los mismos; la administración vigilada y/o controlada de dicho patrimonio (arts. 15, 16 y 17 LCQ) y/o el desapoderamiento del mismo (art. 106 y sigtes. LCQ); el procedimiento tasado para obtener reconocimiento de los créditos concursales (arts. 16, 21, 32, 56, 200, 202 y cctes. LCQ), la legitimación activa del Síndico -en reemplazo del deudor insolvente- para realizar cuantas acciones no concursales sean necesarias para recomponer el activo falencial; el amplio espectro de acciones de recomposición patrimonial típicamente concursales (arts. 118, 119, 161, 173 y cctes. LCQ) y, a la postre, todo el aparato concursal de incautación, liquidación y distribución de activos falenciales entre acreedores genuinos respetando el orden de preferencias y/o privilegios.

Ciertamente que esta ponencia no pretende cuestionar lo evidente: que cualquiera que hubiera obtenido lucros indebidos de la comisión del delito puede (y debe) verse alcanzado por el decomiso. El Estado no puede tolerar una solución diferente.

Pero el “beneficiario” de tal decomiso de tales bienes es “el Estado nacional, de las provincias o de los municipios”, aunque ciertamente dejando la norma bajo análisis (art. 23 CP primer párrafo *in fine*) a salvo “los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Indudablemente que frente a un escenario concursal (y mucho más frente a uno liquidatorio) del “autor” o “partícipe” del delito que conlleva la accesoria de decomiso, como así también en caso que el insolvente declarado judicialmente fuera el mandante o la persona jurídica contra los que el tercer párrafo del art. 23 CP hace pasibles del comiso, entonces la masa concursal pasiva queda comprendida en la descripción de “damnificado” y de “tercero” cuyos derechos deben ser protegidos y preservados frente al decomiso de activos que conforman la masa concursal.

No tiene ningún sentido que existiendo una masa concursal pasiva cuyos derechos creditorios dependan de la realización de uno o más activos falenciales, si esos bienes fueran objeto de decomiso, se intente beneficiar con tales bienes (o su producido) al Estado (sea el nacional, el provincial o el municipal), sin agotar primero el régimen concursal de realización y liquidación de tales activos para la satisfacción de los derechos de los acreedores falenciales genuinos (verificados y/o declarados admisibles) y con respeto al orden de preferencias y privilegios que constituyen la quinquiesencia del sistema concursal.

Los acreedores concursales verificados y/o declarados admisibles, como así también aquellos otros acreedores genuinos que emanan de un proceso concursal (por ejemplo, pero sin pretender ser exhaustivo, los acreedores laborales con derecho al pronto pago, arts. 16 y 183 LCQ, los acreedores del concurso o provenientes de los denominados “gastos de conservación y de justicia, art. 240 LCQ, entre otros) califican como “tercero” (las más de las veces con el vocablo “damnificado”) que la norma penal deja a salvo del decomiso.

Y esta protección del “tercero” o “damnificado” el art. 23 C Penal no la refiere sólo una vez (en la ya citada parte final del primer párrafo bajo análisis), sino TRES veces. Una en el párrafo inmediato siguiente<sup>5</sup> y una vez más al final.

Por ello, los bienes sujetos a decomiso penal, de existir un proceso concursal coexistente que tenga esos mismos bienes como parte del activo sujeto a incautación, liquidación y distribución, deberán primero sujetarse al sistema concursal propiamente dicho y a la *iuris dictio* del Juez concursal y solamente en caso que existiere “saldo” en los términos del Art. 228 LCQ, entonces el mismo, el lugar de entregársele al deudor como indica dicha norma, le sea entregado al Estado nacional, provincial o municipal por imperio del decomiso penal.

---

<sup>5</sup> Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Dicho de otro modo, ante la coexistencia de ambos procesos y jueces, el Juez penal no podría disponer la entrega de tales activos decomisados al Estado (cuando tuviere valor de uso o cultural para el mismo) ni mucho menos su enajenación cuando aun no teniendo valor de uso para el estado tuviera valor comercial. Tal dación de uso y/o enajenación por el Juez penal ha de ceder frente a los deberes y potestades del Juez concursal para llevar adelante la liquidación de esos activos y la distribución de su producido entre los acreedores concursales genuinos.

#### **IV.- CONCLUSIÓN.**

En la hipótesis que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso (definitivo o cautelar) ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, la ejecución de lo dispuesto en sede penal debe necesariamente coordinarse con las facultades y deberes del Juez falencial en lo atinente al régimen de liquidación de activos falenciales y su distribución entre los acreedores genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ.

## ACREEDOR NO CONCURRENTE, PRESCRIPCIÓN CONCURSAL Y FIANZA\*.

**Dr. Alejandro Martín Vázquez**

Instituto de Derecho Comercial de Mar del Plata

---

### PONENCIA

**El fiador principal pagador (obligado solidario) puede oponer la excepción de prescripción de la acción operada por efecto del art. 56 de la Ley de Concursos y Quiebras derivada de la presentación en concurso preventivo del deudor principal (co-obligado solidario).**

---

*\*(La ponencia fue presentada en el 76 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires de Mar del Plata y en función de no haber sido tratada, se agrega en este Encuentro al sólo efecto de su tratamiento y debate).*

### FUNDAMENTACIÓN:

#### **I. Supuesto fáctico analizado.**

La ponencia trae a debate un caso usual en materia de concursos preventivos, que es el siguiente: deudor principal que se presenta en concurso preventivo; acreedor que no se presenta a verificar y, acaecido el plazo de dos años del art. 56 de la Ley N° 24.522 (LCyQ) dirige su acción contra un fiador (obligado solidario por ser principal pagador).

La sanción el Código Civil y Comercial y la regulación de los tipos de fianza (en especial la solidaria y la “principal pagador”) permiten pasar el supuesto de hecho descrito por el tamiz de las normas aplicables a esos tipos, con el fin de determinar los efectos de la prescripción del art 56 de la LCyQ.

Avanzamos en el análisis respecto de que argumentos normativos y/o valorativos nos validan las dos posiciones ante el caso.

## **II. Fundamento de la prescripción Concursal.**

Existen varias teorías respecto del fundamento de la prescripción concursal, y están vinculadas a: 1. La consolidación del pasivo; 2. La estabilidad de las relaciones económicas del concursado; 3. La viabilidad del procedimiento del art. 48 de la LCyQ; 4. El fomento de la negociación colectiva para el acuerdo concursal; 5. La fiabilidad de la información y decisiones que el concursado y los terceros adopten en lo que respecta al contenido del acuerdo, etc.<sup>1</sup>; o incluso, 6. La *par conditio creditorum* y la universalidad del proceso concursal<sup>2</sup>.

En nuestra opinión, todas contienen un denominador común que es -en definitiva- la consecución de la finalidad del proceso concursal dada por la homologación del acuerdo para el resguardo y la continuación de la actividad empresarial.

En la mayoría de los casos, el plazo previsto en el art. 56 de la LCyQ, importa acortar el de prescripción de las obligaciones del concursado; aunque, claro está -y así lo establece la norma-, salvo que fuere menor.

Con un plazo general de cinco años (art. 2560 del CCyC), es evidente que el previsto en la ley especial de dos años, tiene por fin reducir los plazos. El conflicto social y económico suscitado por el hecho que constituye el presupuesto objeto (la cesación de pagos) y el consecuente carácter universal del proceso, justifican la abreviación de los plazos.

Sentado lo expuesto, el plazo de prescripción que la ley concursal abrevia en pos de lograr el fin propuesto, constituye un elemento de ponderación relevante que debe guiar los análisis y conclusiones.

Debe armonizarse con la interpretación restrictiva de un instituto que impide el ejercicio de la acción y también la naturaleza de las relaciones jurídicas a cuyas acciones se pretende aplicar la prescripción.

## **III. Fianza solidaria versus obligación solidaria.**

Es determinante establecer las diferencias entre los distintos tipos de fianza como analizar adecuadamente la regulación normativa de cada una.

---

<sup>1</sup> Vítolo Daniel R. – Nissen Ricardo A., *Directores, Conflictos en la Insolvencia*, Editorial Ad-Hoc, año 2005, fallos citados en págs. 135 a 143.

<sup>2</sup> Barbieri Pablo C., *Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522 Comentada y Concordada*, Editorial Universidad, año 1995, pág. 164.

Se prevén 3 tipologías de fianza en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC): la fianza simple, la solidaria y la “principal pagador”.

La primera en la que tienen virtualidad plena la accesoriedad y la subsidiariedad, casi no es utilizada en la práctica. Esta característica de subsidiariedad se verifica a través de los beneficios de excusión y –de darse el supuesto- de división.

La solidaria importa la inexistencia del beneficio de excusión, respondiendo el fiador directamente con su patrimonio ante el acreedor sin la posibilidad de esa defensa dilatoria. A ello puede (y es común) la renuncia al beneficio de división en el caso de pluralidad de fiadores.

El carácter de solidaria no impide sostener la naturaleza accesoria de este tipo de fianza, puesto que, por ejemplo, si la obligación principal es nula, la fianza –aún solidaria- también será nula.

La tercera, comúnmente denominada “principal pagador”, es la más compleja en lo que respecta a su naturaleza y régimen normativo. A su vez, es el tipo de contratos de fianza que se encuentran en la práctica casi invariablemente.

El art. 1591 establece que: “*Quien se obliga como principal pagador, aunque sea con la denominación de fiador, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias*”. La norma es similar al art. 2005 del Código Civil velezano.

Hay dos temas definitorios y enlazados: **1.** ¿Es un contrato de fianza, o no?, es decir, ¿cuál es su naturaleza jurídica?; **2.** ¿La remisión normativa del 1591, desplaza absolutamente las normas del Capítulo 23 relativas a la fianza?

La definición del primer aspecto podría determinar qué tipo de regulación al que debemos acudir en el CCyC. Pero éste no ha dirimido la cuestión acerca de la naturaleza, que ya existía con el Código anterior en virtud del art. 2005.

Existen 3 posturas: **A.** no es una fianza y por ende no se aplica ninguna de las normas de este tipo contractual; **B.** aún con las características de las obligaciones solidarias, sigue siendo un tipo de fianza; y **C.** la intermedia, en la cual se distingue entre el abanico de relaciones que nacen con la figura, acreedor-fiador se trata de una obligación solidaria y deudor-fiador, se trata de una fianza.

Esta última ha sido –en general- la establecida por la jurisprudencia, que ha resuelto: “*Aunque en una cláusula del contrato de locación se denomine fiador al obligado al pago, la adición de solidario y principal pagador llano y directo lo erige en codeudor solidario, calidad incompatible con la anterior, por lo que no se deben las*

*obligaciones asumidas por la locataria en forma accesorio, sino por el todo y en forma principal. De modo que, no se aplican las disposiciones de la fianza, sino las propias obligaciones solidarias... Las normas de la fianza sólo son aplicables en la relación interna entre el fiador y el fiado, de modo que respecto al acreedor, la obligación del fiador deja de ser accesorio y constituye un vínculo directo entre ellos, de igual naturaleza al que vincula al acreedor con su deudor, los cuales se concentran o coligan para conformar la estructura unitaria que caracteriza a la obligación solidaria”<sup>3</sup>.*

Por nuestra parte, consideramos que sigue siendo una fianza y que la postura intermedia, no es excluyente de la naturaleza de fianza que ésta tiene, puesto que hacia el acreedor tendrá las características una solidaridad pasiva (arts. 833 y siguientes del CCyC) pero mantiene el resto de los elementos.

Por ejemplo, la fianza solidaria y la principal pagador tienen (al menos en el caso planteado) por causa fuente un acto jurídico bilateral que constituye un contrato. Por supuesto que una obligación solidaria puede nacer de un acuerdo de voluntades, pero en la fianza “principal pagador” nace del contrato de fianza.

El aspecto conmutativo de las relaciones jurídicas resulta, a nuestro criterio, de toda relevancia. En la mayoría de los supuestos esas fianzas son gratuitas (podrían resultar onerosas, ya que el CCyC no lo prohíbe). Hacen a la naturaleza de garantía agregativa de la fianza principal pagador, es decir, contar con un patrimonio más para la satisfacción de una determinada obligación.

Como consecuencia de ello, desde el punto de vista económico en casi todos los casos existe una relación jurídica vinculante entre el deudor principal y el acreedor con base en general en un vínculo contractual de cambio. Este aspecto conmutativo de la realidad económica del contrato, muestra que en el marco del intercambio el fiador no ha recibido nada ni se ha beneficiado de tal vínculo. Por supuesto que esto tiene excepciones, y habrá que estar a los casos, pero en general se da de ese modo.

Entonces la supuesta inexistencia absoluta de accesoriedad de la fianza principal pagador no tiene semejante adjetivación y como hemos dicho, en general, no se condice con la realidad económica de la relación jurídica y la causa fuente del contrato.

Este aspecto dirimente nos permite concluir en que la remisión que hace el art.

---

<sup>3</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • Regina, José M. c. Bethencourt, Ubaldo y otro. • 27/05/1997 • LA LEY 1997-E, 13 • Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernandez - Editorial LA LEY, 2002, 500 con nota de AA. VV. • AR/JUR/2263/1997.

1591 a las obligaciones solidarias no excluye decididamente las reglas que regulan el contrato que es su causa fuente, ni eliminan su naturaleza de tal.

En nuestra opinión esta afirmación se refuerza por la propia redacción del art. 1591 que dice que quien se obliga “...*como principal pagador*”; adverbio relativo que permite no fundirlo con el elidido. En consecuencia, debería leerse que, no es en sí un obligado solidario, pero se obliga “como tal”. Por ello, luego el artículo menciona que “su” obligación se rige por las obligaciones solidarias; y no todo el plexo de relaciones jurídicas nacidas del contrato de fianza principal pagador.

Consecuencia de todo ello es que deben aplicarse los artículos 833 a 843 del CCyC; y, en cuanto sean compatibles con éstos, los arts. 1574 y siguientes.

#### **IV. La cobertura de riesgos en la fianza.**

La fianza es una garantía personal de tipo agregativa.

La finalidad económica de esta garantía está dada por sumar y/o agregar un patrimonio distinto al del deudor principal para contar con uno sustitutivo de aquél.

Una distinción resulta relevante y útil para obtener conclusiones en el supuesto de hecho planteado, partiendo de la premisa que se trata de “garantías de riesgos”.

¿Qué riesgo garantiza –o tiene por fin garantizar- una fianza, a un principal pagador?

Hay quienes sostienen que se configura una garantía sobre el riesgo de incumplimiento. En realidad, ello no es así puesto que la fianza evita que el deudor incumpla; sino que eventualmente exista otro patrimonio para responder ante el incumplimiento. Una garantía sobre riesgo de incumplimiento podría estar dada por una garantía auto liquidable o similares en la que por sí o a través de un tercero el cumplimiento se efectúa o ejecuta directamente, sin intervención derivada del deudor.

También existen concepciones relativas al riesgo de ejecución de la garantía (relativa a los plazos, suficiencia del patrimonio, depreciación, limitación de costas, etc.), pero consideremos que no sería el objeto específico de cobertura de la fianza principal pagador puesto que ante el incumplimiento el acreedor deberá ir a juicio contra el fiador, siendo una garantía personal por lo que se encuentra expuesta a las vicisitudes normas de la naturaleza de la garantía personal en cuestión.

En nuestra opinión la figura tiene por fin la cobertura del riesgo de un patrimonio impotente o insuficiente para responder ante el incumplimiento del deudor, agregando otro como garantía común de los acreedores tendiente a reducir ese riesgo. Pues la

existencia de la fianza no garantiza que el deudor no cumpla ni la inexistencia de un proceso de ejecución de la garantía, tal como lo sostiene la Doctrina<sup>4</sup>.

## **V. Argumentos.**

Por nuestra parte consideramos que el fiador principal pagador puede oponer la defensa de prescripción por aplicación del art. 56 de la LCyQ, ante el reclamo del acreedor. Reconocemos que la ausencia de regulación específica y la opacidad de la naturaleza y de las normas aplicables a la fianza principal pagador hacen opinable el tema, pero daremos los argumentos que razonamos como centrales para la conclusión dada en la ponencia.

El art. 1591 del CCyC dispone que se aplican las reglas de las obligaciones solidarias; es decir, la solidaridad pasiva. En este tipo de obligaciones: *“Ante todo, la obligación solidaria es una sola, las concurrentes son varias -dos o más-, que se conectan por la circunstancia de tener idéntico objeto y existir en favor de un mismo acreedor o acreedores”*<sup>5</sup>.

Es correcto que el CCyC no remita a las obligaciones concurrentes, sino a las solidarias. Pues la razón del crédito en un caso de fianza principal pagador es una; es decir, la obligación es única existiendo dos sujetos que deben lo mismo o una sola prestación.

Es por ello que en las obligaciones solidarias la prescripción (como la suspensión y la interrupción) tienen efectos expansivos; es decir, benefician y/o perjudican a los demás deudores solidarios.

Es este entonces, el primer argumento normativo: el fiador principal pagador (obligado solidario) es beneficiado por la prescripción configurada respecto del obligado principal como consecuencia expansiva de las normas de prescripción. Ello sigue la regla general del art. 2534 del CCyC, de la cual no se verifican excepciones.

El autor citado continúa diciendo en su trabajo que: *“En las obligaciones solidarias los efectos de la prescripción operada en favor de un deudor o la interrupción producida en su contra, se propagan masivamente a los demás coobligados (arts. 713 y 3994 del Cód. Civil). Lo que por el contrario no sucede en las obligaciones “concu-*

---

<sup>4</sup>LORENZETTI, RICARDO LUIS (Director), *Tratado de Derecho de los Contratos, Parte Especial*, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2018, 3era. Ed., pág. 533.

<sup>5</sup> Trigo Represas, Félix A., *Obligaciones Concurrentes, Indistintas o Conexas en el Derecho Vigente y en el Proyecto de Código*, Publicado en: LA LEY 07/05/2013, 1 • LA LEY 2013-C, 782.

rentes”, en las que por ser entre sí independientes, los efectos de la interrupción de la prescripción actúan separadamente para cada obligado, afectando sólo a aquel contra quien se hubiese producido”. Este aspecto, en clara diferencia con el inciso e) del art. 851 del CCyC.

Las reglas aplicables a las obligaciones solidarias –por efecto del art. 1591- confluyen en el efecto expansivo de la prescripción de un co-obligado. Si acudiésemos a las normas de la fianza, el carácter accesorio de la misma tendrá el mismo efecto, incluso por aplicación del art. 1587.

Entonces, en cualquiera de las acepciones posibles que le demos al contrato de fianza principal pagador, la prescripción de la acción contra el deudor principal u obligado solidario aprovecha al fiador solidario o co-deudor solidario.

Cuando la ley establece el efecto expansivo de la prescripción, no realiza distinciones que luego sean invocables para validar la imposibilidad de oponer la prescripción de tipo concursal.

Tal es así que, si el acreedor se presenta a verificar en el concurso del obligado solidario, ello importa la interrupción de la prescripción y tal interrupción perjudica al co-obligado solidario, en orden al efecto expansivo previsto en la ley.

Otro argumento es el siguiente. Un acreedor que se insinúa en el pasivo, podría observar una verificación si la acción derivada del crédito se encuentra prescripta. Podría, asimismo, el Síndico oponer la prescripción (aunque su legitimación esta discutida y sin entrar en ese debate, varios autores y fallos la admiten). Incluso se llega a tal conclusión por la previsión del segundo párrafo del art. 2534 que establece: “Los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie”, y permite a los acreedores oponer la prescripción liberatoria; lo que en un proceso plurisubjetivo se valida con mayor fuerza convictiva.

El fiador –aun principal pagador- tiene el derecho de verificar su eventual crédito, aunque con carácter condicional. Es además, aconsejable que lo haga. Este obligado solidario (como cualquier otro que no tenga su causa fuente en una fianza de tipo principal pagador), podría como acreedor concursal oponer la prescripción del acreedor afianzado en el marco del concurso. Esta facultad la detenta, aun cuando no lo haga el concursado (por aplicación del art. 2534 in fine y el art. 1587).

Es decir que el acreedor se vería expuesto al planteo de prescripción en caso de cumplir con la carga de verificación, pero en caso de omitirla, su situación mejoraría de seguirse el criterio de la imposibilidad del deudor solidario de oponer la excepción

concurzal. El elemento valorativo aquí descrito, demuestra que no puede estar en mejores condiciones quien incumple una carga procesal que quien la cumple; aun considerando que la verificación no es una obligación sino una carga.

No existe ningún elemento que permita considerar que, sobre una misma deuda, con un mismo acreedor y deudor principal solidario; el mismo fiador principal pagador puede oponer la prescripción acaecida en un caso y en la ejecución individual no lo pueda hacer.

Agregamos lo siguiente. Si en un trámite concursal de verificación –sea tempestiva, por revisión o tardía- (procesos de conocimiento que contienen efectos de cosa juzgada material) se hiciera cualquier tipo de determinación por sentencia respecto de crédito del acreedor afianzado (por ejemplo, respecto de su monto) ésta podría invocarse por el fiador principal pagador.

Parte de la Doctrina<sup>6</sup> sostiene que, sea por aplicación analógica del art. 55 de la LCyQ o sea por esa pauta de interpretación, la acción contra el fiador principal pagador se mantiene incólume porque ello demuestra que el legislador ha querido dejar aquellas acciones y créditos totalmente ajenos a los efectos del concurso preventivo.

No se coincide con dicha postura.

En primer lugar, la homologación del acuerdo es un supuesto de novación legal, con el efecto derivado de extinción de la obligación originaria que es causa fuente del nacimiento de una nueva; y en la prescripción la obligación no se extingue, sino que se trata de una obligación natural (art. 728 del CCyC). Entendemos que no existe entonces analogía.

En segundo lugar, la previsión del art. 55 de la LCyQ es una norma de excepción a la regla general consistente en que la extinción de la obligación por novación produce la extinción de la obligación del fiador (que replica el segundo párrafo del art. 1597 del CCyC). En consecuencia, no es adecuado extraer una conclusión de una excepción.

Además, estimamos que el propio art. 55 de la LCyQ es un argumento a favor de la ponencia, puesto que demuestra que la fianza tiene por fin garantizar el riesgo de la impotencia patrimonial, pero no del ejercicio de la acción. Si hubiera una quita en el acuerdo homologado y el acreedor afianzado cobrara con esa quita, éste podrá de-

---

<sup>6</sup> HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, Tomo II, pág. 272.

mandar el saldo restante a los fiadores. Si el cobro al fiador es anterior a la percepción de las cuotas concordatarias, aquél se subrogará en los derechos del acreedor para tal cobro. Ahora bien, en el supuesto planteado estamos ante un supuesto de prescripción y, por ende, de un riesgo de dejar prescribir la acción está en manos del propio acreedor y, por ende, es un riesgo que no se encuentra dentro de la finalidad de cobertura de la fianza. Es decir, la finalidad de garantía no es ajena a la omisión y/o negligencia en el ejercicio de la carga de verificar y/o de la acción.

Por último, cabe agregar otro argumento. Si la verificación en carácter de eventual del fiador principal pagador queda condicionada al pago que haga al acreedor, la pretendida desconexión absoluta de las vicisitudes del crédito por tratarse de un obligado solidario no puede esgrimirse como argumento válido.

El fiador principal pagador debe presentarse siempre a verificar el crédito condicional, ya que la decisión que se tome en la verificación del acreedor afianzado le será oponible en los términos del art. 1588 del CCyC *a contrario sensu*, por el carácter universal del concurso y el efecto jurídico de la publicación edictal.

La expansión de la prescripción tiene sentido armónico en el sistema, pues verificando el fiador principal pagador de modo condicional, debería esperar hasta el último día de la prescripción de la acción para determinar si la condición se produce y denunciar en el concurso el acaecimiento de dicha condición. Esta situación podría modificar sustancialmente el cronograma y panorama del cumplimiento del acuerdo; que es justamente lo que la prescripción concursal trata de evitar.

## TRANSFERENCIAS DE PAQUETES DE CONTROL EN SOCIEDADES CONCURSADAS

Co-autoría Abog. Pablo E. ARENAS – Mag. Marcelo A. DAVID

Colegio de Abogados de La Plata

---

### PONENCIA

Las transferencias de paquetes de control de sociedades concursadas se encuentran habilitadas por la legislación concursal, pero sujetas a un régimen de información en el marco del concurso, so perjuicio de habilitar a los acreedores a plantear escenarios de responsabilidad solidaria en los términos de la Ley 11.867.

---

**1.- Introducción; 2.- Transferencias de “paquetes de control” societario; 3.- Normas concursales aplicables; 4.- Conclusiones.**

#### **1.- Introducción.**

Desde hace tiempo, ha desaparecido de la normativa concursal el estigma que pesaba sobre las sociedades concursadas, e incluso, las quebradas.

En nuestro derecho, la fuerte impronta marcada por la sanción de la Ley 24.522 de neto y concreto corte neoliberal, despojada del “intervencionismo” y “proteccionismo” de la Ley 19.551 patentizado en la eliminación del incidente de calificación de conducta, el acortamiento de los plazos de inhabilitación, la eliminación del mínimo obligatorio respecto el porcentaje de quita en los acuerdos preventivos, entre otras modificaciones que evidenciaron la “flexibilización” de la norma concursal al extremo de terminar en el juez “cuenta porotos” de la redacción originaria del Art. 52 de la LCQ, ha significado la instauración de una nueva etapa en la evolución concursal.

Es cierto, que aunque algunas -muchas- modificaciones posteriores implicaron atemperar, retrotraer y modificar aquella redacción e ideología originaria, llegando in-

cluso, con la sanción de la Ley 26.684, a conmovir principios concursales esenciales tales como la propia finalidad de la “quiebra” de donde se ha planteado, o intentado al menos, elevar a la par del “principio de la conservación de la empresa” el principio de “conservación de las fuentes de trabajo” (debiendo además entenderse también la conservación de las condiciones laborales y derechos adquiridos por los trabajadores) que aunque parecieran consecuentes y relacionados siempre uno con el otro, no se ha configurado así en la práctica ni en la realidad de los procesos concursales, de donde en muchos casos, habiendo conservación de la empresa, aquella se continúa o conserva sin los trabajadores ni sus condiciones o derechos.

Estas nuevas condiciones han confluído, a la par de eliminar el mencionado estigma condenatorio que pesaba sobre las sociedades en concurso o quiebra, a generar atractivas oportunidades de negocios, que se evidencian, por ejemplo en el interés de adquirir el control de sociedades en problemas, pero también pueden consistir en intentos de escabullirse del Titanic mientras la banda suena de fondo y antes que el iceberg termine de emerger en su real dimensión.

## **2.- Transferencias de “paquetes de control” societario.**

El concepto de control, aunque de caracteres diversos y complejos, puede resumirse en detentar el sujeto controlante, la unidad de mando y decisiones societarias, derivado de la capacidad para formar o imponer la voluntad social.

Expresado en el Art. 33 de la LGS, la doctrina ha discurrido además en la consideración y conceptualización de las distintas clases de control.

El “control interno” es aquel en el que el socio, según su capacidad de voto, puede imponer la voluntad social. Es sujeto controlante aquel socio que posee la participación societaria “necesaria” para manejar de la decisión social.

El control interno de derecho —o mayoritario— es el que está ejercido por el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo (asamblea en las sociedades anónimas o reunión de socios en las sociedades de responsabilidad limitada)<sup>1</sup>.

Con respecto al control de hecho, Manóvil ha dicho que “se configura la relación de dominación cuando la controlante no posee la mayoría de capital o de los votos,

---

<sup>1</sup> ALEGRIA, H., “Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control”, *RDCO* 1978-303, p. 305.

pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones”<sup>2</sup>. Este control fáctico depende del ausentismo en las asambleas.

Y también se ha abordado el concepto de “control externo” sea de derecho, caracterizado por la existencia de relación contractual vinculante, como el control de hecho, también denominado, de “especiales vínculos”.

En las transferencias de tenencias o participaciones sociales importa desde ya esta caracterización por cuanto, importa aditar a los derechos políticos y económicos inherentes a las acciones o cuotas transmitidos un plus constituido por esa unidad de mando en cabeza del nuevo adquirente.

Desde ya, que existen al efecto, múltiples herramientas a los fines de garantizar la unidad en la conducción empresarial, desde los pactos de sindicación de acciones, hasta los más complejos protocolos de familia, e incluso los supuestos de “fideicomiso de acciones”.

En todos los casos, resulta el negocio sobre las acciones, un contrato parasocial, inoponible a la sociedad, a cuyo respecto es *res inter alios*, no convierte a la sociedad en parte de la negociación referida ni implica una actuación propiamente orgánica de los socios, incluso quienes ejercieran cargos de representación, ni será en consecuencia oponible a la sociedad en la medida en que se omita o no exista formal comunicación. Asimismo, se remarca que la transferencia accionaria en nada modifica el patrimonio social, ni tiene incidencia alguna sobre aquél<sup>3</sup>.

Ahora bien, esta neutralidad patrimonial aparentemente inocua relativa al cambio de sujeto o sujetos titulares de las participaciones sociales, ha merecido opiniones opuestas de parte de la doctrina, fundamental y esencialmente, respecto la aplicación de la Ley 11.867, sus requisitos y sobre todo, la responsabilidad solidaria extensiva a vendedor y adquirente por todo el pasivo del ente.

Zunino, hace tiempo, se afirmó decididamente, después de un prolijo recorrido por la doctrina extranjera y doméstica, en su irreductible posición de que la enajenación total de la participación societaria, o la cantidad suficiente para dominar la voluntad social, tiene por *causa* la adquisición del fondo de comercio o empresa, aunque el objeto formal del negocio sean las partes de interés, las cuotas o las acciones, salvo en el caso de la denominada “gran empresa” del art. 299 de la LGS. Ello así, concre-

---

<sup>2</sup> MANÓVIL, R. M., “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.

<sup>3</sup> CSJN, 19/08/1999, JA 200-III-842, del voto en disidencia de los Dres. López y Vázquez.

tada la cesión al margen de la intervención de los acreedores habidos en razón del fondo de comercio, constituye un claro supuesto violatorio de la ley 11.867; finalmente, desarrolla generosamente los efectos de reputar la cesión de acciones, en el caso, no como una cesión de derechos sino como una verdadera transferencia del patrimonio social sujeta a la normativa protectora de la ley 11.867, a saber: la configuración del fraude a la ley, el destino del precio de la operación en la finalidad de la ley 11.867, la mecánica fraudulenta, la prescindencia del elemento subjetivo y, principalmente, el remedio legal que esgrime: la inoponibilidad de la personalidad jurídica<sup>4</sup>.

Para otros autores, siempre fueron contrarios a considerar la cesión de acciones como una transferencia de fondo de comercio<sup>5</sup>. En particular, ello se ha expresado, cuando no existe afectación a los acreedores<sup>6</sup>, aunque en el caso de las sociedades que se encuentran concursadas, ello sería considerablemente distinto, pues encontrándose en instancias de reestructurar su pasivo, el eventual perjuicio o no de los acreedores dependerá del resultado final del proceso y en su caso ello implicaría condicionar recién a esa instancia el perfeccionamiento del contrato, lo cual, aunque interesante, no conforma la base fáctica del presente trabajo.

Por su parte, se ha planteado también que aquella identificación entre transferencia de paquete de control y patrimonio social se evidencia con mucha mayor fuerza en las sociedades cerradas que las sociedades abiertas, donde existe un desdoble marcado entre administración y gobierno, o management y titularidad.

Si a ello le agregamos el estado de cesación de pagos de la sociedad “target” con concurso preventivo declarado y en trámite, el combo final es sumamente interesante de analizar.

### **3.- Normas concursales aplicables.**

Desde la óptica concursal, advertimos con claridad que la apertura del concurso preventivo de la sociedad no genera efecto alguno sobre el patrimonio de los socios con limitación de responsabilidad, y tampoco sobre sus tenencia accionarias o cuota partes.

---

<sup>4</sup> ZUNINO, Jorge O., “Fondo de comercio”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, 2ª ed, ps. 454-462.

<sup>5</sup> Verón, Alberto V., *COMPRAVENTA DE ACCIONES. FONDO DE COMERCIO, PAQUETE DE CONTROL, INSTRUMENTACIÓN, RIESGOS Y GARANTÍAS*, Publicado en: LA LEY 05/06/2019, 1 • LA LEY 2019-C, 876 • Enfoques 2019 (octubre), 86.

<sup>6</sup> CNCCom., sala A, 15/04/1980, LA LEY, 1980-C, 199.

En rigor, no se inscriben sobre ellos medida cautelar alguna ni rigen los efectos derivados de los Arts. 15 y siguientes. Solo en el caso de resultar socio administrador, recién en esta última calidad, se encontrarían afectados por el deber de colaboración con el proceso y encontrarían restringida su libertad ambulatoria en los términos del Art. 25 de la LCQ.

Decir entonces que la libre transmisibilidad del paquete de control es posible es una consecuencia necesaria, pues, solo aquellas cuotas o acciones que eventualmente se encuentren en “cartera” o resulten de titularidad de la sociedad concursada resultan alcanzados por los efectos del concurso y en su caso, su venta o negociación constituye un acto sujeto a autorización.

Pero, ¿nada dice la Ley de Concursos y Quiebras al respecto?

Es interesante encontrar que rigen en el marco del concurso importantes deberes de información a cargo de la Sindicatura respecto la evolución de la empresa (Art. 14 inc. 12 LCQ) y sobre eventuales modificaciones del contrato social (Art. 39 inc. 5 LCQ), de donde puede interpretarse que el cambio de administración resulta de interés.

También interesa al concurso a los efectos de determinar la existencia de “acreedores excluidos” por voto complaciente.

A su vez, el cambio de administración resultará de interés a los fines de exclusión del proceso de “salvataje” del Art. 48 LCQ. La existencia de una transferencia del paquete de control, aun sin implicar una modificación en el órgano de administración societario, queda comprendido claramente en el interés selectivo demostrado por la regulación concursal vigente.

Y entonces advertimos dentro de la regulación del concurso preventivo, una suerte de laguna o desaprensión, donde la transferencia de las participaciones sociales es de interés pero no resulta regulada ni restringida. Y en su caso la responsabilidad por la eficacia del queda derivada exclusivamente en la sindicatura.

#### **4.- Conclusiones.**

La ausencia de prohibición en el marco del concurso preventivo respecto de la transmisibilidad del paquete de control de la concursada implica lisa y llanamente admitir su factible y legal posibilidad.

En rigor, la consecuencia negativa podemos encontrarla fuera de la ley concursal, y ello asociado al incumplimiento del régimen de publicidad de la Ley 11.867, que lógicamente en el caso de un proceso concursal podría verse reemplazado por la ne-

cesaria adopción preventiva de un proceso de información relativo a poner en conocimiento del proceso concursal, sea por iniciativa propia o en el marco del régimen informativo de la sindicatura, la transferencia del control societario a un tercero, so perjuicio de habilitar a los acreedores a plantear escenarios de responsabilidad solidaria extensiva al adquirente por el pasivo de la concursada.

## DESIGNACIÓN DE SÍNDICO EN LA QUIEBRA POR INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

**Dr. E. Daniel Balonas**

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

---

### **PONENCIA**

**en la quiebra por incumplimiento del acuerdo debe actuar un nuevo síndico, y no el mismo que actuó durante el concurso.**

---

#### **1. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA.**

Dispone el Art. 253.7 de la LCQ que *“El síndico designado en un concurso preventivo actúa en la quiebra que se decreta como consecuencia de la frustración del concurso, pero no en la que se decreta como consecuencia del incumplimiento del acuerdo preventivo”* Pero, a su vez, dispone el libre juego de los Arts. 63 y 64 que *“Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra ... En todos los casos en que se declare la quiebra, estando pendiente de cumplimiento un acuerdo preventivo, se aplican los incisos 6 y 7 del Artículo 62. Es competente el Juez que intervino en el concurso preventivo y actúa el mismo síndico.”*

Es evidente que, cuando la quiebra se decreta por incumplimiento del acuerdo, la letra del Art. 64 se contradice con la del 253.7, lo que impone una labor de hermenéutica jurídica que nos permita decidir cuál de las dos normas debe ser aplicada y cuál descartada.

#### **2. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.**

Pese a que la contradicción impacta en un hecho tan cotidiano como la quiebra indirecta derivada del incumplimiento del acuerdo, la mayor parte de la doctrina no trata el tema.

La escasa doctrina se divide entre quienes otorgan prevalencia a la regla del

Art. 253.7 en cuanto aporta claridad y especificidad a la solución, que incluso podría considerarse reglamentaria del Art. 64 que refiere en forma genérica a la quiebra indirecta, y quienes han proclamado la preeminencia del Art. 64 por ser una norma especial del concurso frente al carácter genérico de las reglas del Art. 253.

Por la primera postura podemos citar *“Y al caso de incumplimiento del acuerdo ya homologado no puede aplicársele otra solución que el Art. 253.7, cuya claridad no admite otra interpretación”*<sup>1</sup>. En el mismo sentido Heredia<sup>2</sup> indica que no puede continuar aquel síndico que ha cesado en sus funciones con la homologación.

Por la segunda postura encontramos *“la continuidad -en caso de decretarse la quiebra indirecta- del síndico actuante en el concurso preventivo, y que no ha cesado en sus funciones, resulta conveniente por encontrarse en conocimiento de los antecedentes de la situación de falencia empresaria”*<sup>3</sup>. En el mismo sentido Junyent Bas y Molina Sandoval<sup>4</sup>. Restringiendo su postura a los pequeños concursos donde el síndico se ocupa del control del acuerdo se expiden en el mismo sentido de la continuidad Graziabile<sup>5</sup> y Rivera<sup>6</sup>

Finalmente tenemos una tercera postura doctrinaria que afirma *“seguimos pensando que debe oficiarse a la Virgen Desatanudos”*<sup>7</sup>

En la jurisprudencia encontramos la misma contradicción. Por la segunda postura -o sea la continuidad del síndico-, encontramos a la mayor parte de la jurisprudencia capitalina, que sostiene que *“cuando se decreta la quiebra pendiente de cumplimiento el acuerdo, existe una contradicción en el ordenamiento concursal en cuanto a la intervención del síndico, habida cuenta que, por un lado, se manda que siga en actividad quien ha sido designado en el concurso preventivo (LCQ 64 parte final) y, por otro, se dispone que se sortee uno nuevo (LCQ 253-7°). Ahora bien, la ju-*

---

<sup>1</sup>BOQUIN, Gabriela Fernanda en *“Concursos y Quiebras”*, Director: CHOMER, Héctor Osvaldo, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, Tomo II, Pág. 223

<sup>2</sup>HEREDIA, Pablo D., *“Tratado Exegético de Derecho Concursal”*, Ed. Abaco, Bs. As., 1998, Tomo II, pág. 354

<sup>3</sup>RIVERA – ROITMAN – VÍTOLO, en *“Ley de Concursos y Quiebras”*, 3ª Ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2005, Tomo II, pág. 139.

<sup>4</sup>JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Ley de Concursos y Quiebras Comentada”* 3ª Edición Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.2011, tomo I, pág. 504/505.

<sup>5</sup>GRAZIABILE, Darío J. *“Derecho Concursal”* 2ª Edición Ampliada y Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, pág. 541.

<sup>6</sup>RIVERA, Julio C., *“Instituciones de Derecho Concursal”*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1996, Tomo I, pág. 338.

<sup>7</sup>MAFFIA, Osvaldo J. *“La Ley de Concursos Comentada”*, Ed. Depalma, Bs. As., 2001, Tomo I, pág. 251.

*risprudencia se ha inclinado por salvar esa inconsecuencia de la normativa, ya sea reasignando al anterior síndico o, directamente, manteniéndolo cuando su intervención perduró durante la etapa de cumplimiento del acuerdo. Dicha solución se ha justificado en una circunstancia relevante y de orden práctico, cual es el previo conocimiento de los antecedentes de la causa y de la situación del deudor que tiene el órgano del concurso inicialmente designado”<sup>8</sup>*

Por la primera postura, o sea la designación de un nuevo síndico, encontramos a la jurisprudencia del interior del país, al igual que unos antiguos precedentes nacionales, que resolvieron en sentido contrario: *“asiste razón a la concursada al cuestionar el pronunciamiento que, al decretar su quiebra por incumplimiento del acuerdo, dispone que siga actuando el síndico designado en el concurso, pues de acuerdo con lo prescripto en la ley 24.522, art. 253, inc. 7, ‘el síndico designado en un concurso preventivo actúa en la quiebra que se decreta como consecuencia de la frustración del concurso, pero no en la que se decreta como consecuencia del incumplimiento del acuerdo preventivo’, texto claro y expreso de la ley que despeja las dudas suscitadas por la norma del art. 64 de la misma ley”<sup>9</sup>*

### 3. NUESTRA INTERPRETACIÓN.

Advertimos que la segunda interpretación, fundada más en la practicidad que en el análisis jurídico, tiene como consecuencia considerar como *letra muerta* al Art. 253.7, determinando que el mismo no es aplicable en ningún supuesto.

La otra interpretación admite la aplicación de ambas normas a distintos supuestos.

Entendemos que, solo por ello, la segunda opción se impone. Pacíficamente ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia que *“las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que coloque en pugna sus disposiciones y adoptando como pertinente el que las concilie y deje a todas con valor y efecto”* (CSJN Fallos 304:794; 315:929; 319:68; 320:1909; 323:2117, entre muchísimos otros)

<sup>8</sup>CNCom, Sala A, 26/6/18, “Gimos SA s/ quiebra s/ incidente de apelación”; íd. Sala C, 27/10/98, “Daro y San Pablo SA s/ quiebra”; íd. Sala E, 30/12/97, “Aisemberg Maquinarias SA s/quiebra”; íd. Sala E, 30/6/11, “Sulfur SA s/ quiebra s/ incidente de apelación”, id. Sala E, 28/10/2021 “Elex SA s/ quiebra s/incidente de apelación” entre otros

<sup>9</sup>CApel.CdelUruguay, Sala CyC, 8/3/96 “Ferrerri Ganadera S.A. s/ Quiebra”. En idéntico sentido CNCom Sala A, 26/6/2003 “Dropharma S.A. s/ Quiebra”; Sala D “10/3/2000 “Maidana de Lemme, Silvia E s/ Quiebra s/ Incidente de Apelación”; CCyC Bahía Blanca, Sala I, 29/7/2004, “Izaccara, Néstor A. s/Concurso Preventivo”; CCyC Mar del Plata, 11/8/1998, “Alimensur S.A. s/ Concurso Preventivo”.

Tal método de interpretación -sostenido históricamente por la CSJN- es ahora reafirmado por el art. 2 del CCyC en cuanto dispone, en forma expresa, que la interpretación de las leyes debe ser coherente con todo el ordenamiento.

Con tal pauta, en el caso concreto existe un modo de interpretar ambas normas de forma tal que ambas resulten válidas. Es claro que es esa entonces la forma correcta de interpretarlas y que lo contrario convierte a una de ellas en letra muerta, lo que no resulta admisible cuando se trata de una misma Ley.

Se advierte que el Art. 64 se refiere a cualquier tipo de quiebra, directa o indirecta. En cambio, el Art. 253.7 se refiere exclusivamente a la quiebra indirecta, discriminando entre los supuestos en que el concurso de frustró -Vgr. todos los supuestos del Art. 77.1 excepto la falta de pago- y el supuesto de falta de pago.

En consecuencia, a una quiebra directa estando pendiente de cumplimiento el acuerdo -pedida por un acreedor post concursal o por el propio deudor-; o a la indirecta derivada de la falta de pago de honorarios (Art. 54) o de la nulidad (Art. 61) se le aplica lisa y llanamente el Art. 64, ya que se trata de quiebras estando pendiente de cumplimiento el acuerdo. En definitiva, lo que regula el Art. 64 es un efecto del acuerdo homologado mientras no se terminó de cumplir.

Al caso concreto de frustración del concurso -sin alcanzar acuerdo- se le aplica la misma consecuencia, mas por imperio del Art. 253.7.

Vemos entonces que esta interpretación es la correcta, ya que deja en pie ambas normas y no invalida a ninguna, conforme el criterio hermenéutico histórico de nuestro superior tribunal federal.

#### **4. OTRAS PAUTAS QUE SURGEN DE LA LEY.**

Pero aún si no se compartiera tal criterio, y se considerase que existe entre ambas normas una insalvable contradicción -que vimos no ocurre-, también hemos de inclinarnos por la norma del 253.7, ello en función de su claridad y de ser la que regula en concreto la materia en análisis: La designación de síndico, en detrimento de la otra norma que solo marca un efecto de la homologación.

La generalidad o especialidad no derivan de la sección en que se ubica una norma, sino del modo en que cada norma individualmente, regula un instituto en general o una situación en particular.

Una interpretación literal, nos lleva en el mismo sentido. La norma del Art. 64 dispone que “*continúe*” actuando quien ya no es más síndico, ya que su labor ha con-

cluido con la homologación que puso fin al concurso. No nos desentendemos del hecho de que, si fuera un pequeño concurso, continuó la función de contralor del acuerdo en reemplazo del Comité de Control inexistente en los pequeños concursos. Mas ello no ocurre en los grandes concursos y, aun cuando ocurre, se advierte que se trata de una función específica y que no implica investir un cargo que ha cesado.

## 5. EL FUNDAMENTO DE LA PRÁCTICA O LA “CONVENIENCIA”.

No parece adecuado, en principio, acudir al fundamento de la conveniencia, que nos impone preguntarnos “¿conveniencia para quién? ¿Para los acreedores? ¿Para la fallida? ¿Para el síndico? ¿Para el Juez?”. En general nos inclinamos por la poca conveniencia de que continúe el mismo Síndico. Es probable que sea “cómodo”, pero no conveniente.

Decretada la quiebra encontraremos que el síndico, en muchas oportunidades pasa a tener intereses contrapuestos. Por imperio del Art. 110 LCQ asume toda la representación de la fallida y sus intereses, pero aún tiene intereses en contra.

Si no se han cancelado sus honorarios por el concurso, o por el contralor del acuerdo, o por incidencias que se pudieran haber suscitado antes, incluso por eventuales intervenciones o coadministraciones en que, utilizando errados criterios, se designa en tal rol al síndico, encontramos con que este es acreedor de la misma quiebra en que se propone actúe como funcionario concursal.

En tal caso, ¿Deberá el síndico dictaminar su propio crédito prefallimentario? ¿Qué rol debe asumir si algún acreedor lo cuestiona? Cuando el magistrado resuelva alguna de dichas cuestiones, puede apelar por derecho propio. Pero, además ¿Debe apelar en nombre de la quiebra? ¿Quién funda el recurso en contra de sus intereses?

Y no terminan ahí los conflictos de intereses.

¿Qué ocurre con los incidentes llevados adelante por la concursada<sup>10</sup>? A partir del decreto de quiebra el síndico, quien ya pudo haber dictaminado en contra, debe sustituir a la fallida e impulsar aquello que dictaminó no procedía. Podríamos llegar al absurdo de que el magistrado rechace la pretensión con los argumentos usados por el síndico -durante el concurso- y este deba agraviarse por ello (en nombre de la quiebra).

---

<sup>10</sup>Tan habituales en nuestro medio, donde permanentemente se hace uso y abuso del Art. 280 de la LCQ.

Advertimos entonces que la interpretación no es *conveniente*, sino *cómoda*. Y ello no parece un fundamento adecuado para resolver en contra de la Ley.

Entendemos que lo anterior descarta la aplicación del Art. 64, al punto que *de legge ferenda* hemos de proponer su derogación para todo supuesto de quiebra indirecta, aún en los casos en que el Art. 253.7 admite hoy su aplicación.

## **6. ADDENDA: EL PASO DEL TIEMPO Y LA IMPOSICIÓN AL SÍNDICO DE OBLIGACIONES.**

La inscripción para actuar como síndico importa asumir importantes obligaciones que, además, son irrenunciables salvo causa grave apreciada con criterio restrictivo (Art. 255 LCQ).

Más tal inscripción es por cuatro años, entendiendo que el síndico debe continuar siéndolo en los concursos y quiebras en trámite a su fin. Mas la duración de tales trámites no podría considerarse ilimitada, o extenderse por décadas como vemos que ocurre muchas veces.

El incumplimiento de un acuerdo puede darse, muchas veces, varios años después de concluido un concurso que ya ha demora uno o dos años. Ocurriendo mucho después del final de los cuatro años por los que el síndico ha asumido el compromiso de cumplir tal función “irrenunciable”.

Por lo que, imponer un nuevo cargo de síndico<sup>11</sup> -solo por *convenienciarectius: comodidad*-importa violar el Principio de Reserva previsto en el Art. 19 de la Constitución Nacional mediante una nueva designación, exorbitante al período cuatrianual por el que el síndico se obligó.

El art. 19 CN, el 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos protegen la libertad de intimidad inofensiva para terceros (libertad neutra) que queda inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado -lo que incluye a los magistrados- y de los demás terceros.

*“Es valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos no deben interferir en*

---

<sup>11</sup>Recordemos que con la conclusión del concurso por homologación finalizó el anterior, que, además, ya fue remunerado. Por otro lado es claro que la designación en la quiebra importa un nuevo cargo, con nuevas obligaciones y funciones que nacen ese día.

esa elección o adopción”<sup>12</sup>. Se desprende que la dignidad, en cuanto a calidad innata a todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta y proyecto de vida. De allí que fundar la decisión en la *comodidad* del proceso, requeriría, cuando menos, la conformidad de los sujetos involucrados, especialmente del síndico.

## 7. CONCLUSIONES.

Ante la contradicción entre los Arts. 64 y 253.7 de la LCQ, por su especialidad, y por permitir la aplicación de ambas normas, prevalece el segundo sobre el primero, aplicándose el Art. 64 a todos aquellos supuestos no previstos en el 253.7, e incluso a los casos en que este último resuelve igual que el primero.

*De legge ferenda*, proponemos adecuar ambas normas, de modo tal que, para preservar los intereses de la quiebra, en todos los casos de quiebra posterior a la homologación se designe un nuevo síndico.

La jurisprudencia hoy pacífica de la Cámara capitalina en la materia, carece de fundamento, ya que la llamada conveniencia, referida en realidad a la comodidad, no permite violar la norma y proveer una nueva designación una vez vencido el plazo por el cual el síndico se ofreció a actuar como tal y, además, fue designado a tales fines.

---

<sup>12</sup>Nino Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, pág. 204 y 205.

## EL PAGO DEL DIVIDENDO CONCURSAL EN MONEDA EXTRANJERA

**Dr. Fernando Javier Marcos**

Colegio de Abogados de Mercedes

---

### PONENCIA

**No existe norma imperativa alguna que impida el pago del dividendo concursal en moneda extranjera (dólar) cuando los fondos se encuentren depositados en el banco judicial en dicha moneda.**

**La percepción de tales pagos así realizados produce la cancelación del dividendo que se hubiera asignado en pesos a cada acreedor en el proyecto de distribución.**

**A fin de establecer la cantidad de moneda extranjera a percibir por cada acreedor, se deberán convertirlos pesos asignados al crédito en el proyecto antes referido conforme el valor tipo comprador del denominado dólar MEP o bolsa, para mantener una ajustada y real proporción entre el valor de adquisición de la divisa en el mercado y, evitar así, la mera especulación cambiaria.**

---

1. La inflación sostenida a lo largo del tiempo es una lamentable marca registrada a cuya titularidad la República Argentina se niega— eso parece al menos— a renunciar desde hace décadas.

Particularmente desde los años setenta (tiempos del denominado “Rodrigazo” que tuvo lugar el 4 de junio 1975), viene castigando sin tregua a nuestra sociedad y a la actividad económica del país, destruyendo, entre otros, todo proceso de valor, es especial, el valor de la moneda nacional de turno, con excepción de algunos pocos períodos de cierta y “relativa” calma, porque en su seno se gestaba el próximo brote y sus nefastas consecuencias.

A pesar de ello y de una historia complicada en materia monetaria, económica y financiera, el legislador del 2015 al ocuparse de la *obligaciones de dar sumas de dinero*, excluyó de esta categoría a la moneda extranjera que en el Código Civil reformado por la ley 23.928 era considerada jurídicamente “dinero” —con todo lo que ello

implicaba—por ejemplo, devengar intereses moratorios—, y solo admitió que calificase en esta categoría de obligaciones a la *moneda de curso legal*—peso—, aferrándose al nominalismo y a la prohibición de indexar las deudas de dinero impuesta en 1991 cuando la ley antes citada introdujo la llamada “convertibilidad”.

El afán por sostener en la letra ciertas “realidades” aunque estas se den de patadas con los hechos, hace que en la actualidad y para sostener el valor del dinero, las personas se vean obligadas por las circunstancias a tener que acudir a una verdadera “alquimia monetaria y financiera” dirigida a intentar mantener el poder adquisitivo de sus fondos líquidos, es decir, de sus pesos, los que con el correr de los días se les escurren entre los dedos de sus manos a causa de una inflación que se va descontrolando periódicamente—al escribir este trabajo, día a día—, con la inevitable pérdida de nuestra moneda frente al dólar.

Lo mismo sucede con otras monedas extranjeras —euro, monedas latinoamericanas, etc.—, regidas hoy por las normas que informan las “obligaciones de género”—de dar cantidades de cosas en el Código Civil derogado—en los términos previstos por los artículos 762 y 763 del Código Civil y Comercial, por la remisión que hace en su artículo 765 *in fine*. O sea, una normativa aplicable, por ejemplo, para los porotos de soja o las lentejas.

Interesante forma de regular la moneda foránea ha optado nuestro legislador del siglo XXI, como si la misma cumpliera en estos tiempos una función similar a la que tenía cuando Vélez escribió el Código Civil —las clasificó como obligaciones de dar cantidades de cosas, reitero, hoy de género—, como si este cambio en la naturaleza de la obligación fuera a “desalentar la compra de la divisa”.

**2.** Al margen de estas reflexiones, lo cierto es que nada nuevo digo al destacar que esta problemática monetaria siempre tuvo y tiene impacto en los procesos judiciales de contenido patrimonial, sean estos individuales o colectivos, donde los créditos en juego se encuentran fijados en moneda de curso legal.

Recuérdese que, a poco de iniciado el presente siglo tuvo origen la conocida crisis del año 2001/2002 por todos conocida, cuyos perjudiciales efectos provocaron que reapareciera en el debate judicial la indexación de las deudas de dinero en moneda nacional, con el objetivo de proteger de manera efectiva y útil a los acreedores, dado que la tasa de interés no era, ni es la herramienta jurídicamente útil para sostener el valor intrínseco del dinero.

A diferencia del estatus legal que existía al desatarse la inflación en los años

setenta apuntada al comienzo de estas líneas, lo que dio a la admisión de la actualización monetaria de tales obligaciones de dinero (véase, CSJN, autos “Vieytes de Fernández, Juan, suc. c/ Provincia de Buenos Aires”. 23/09/1976, ED.69-186; autos “Reede Stanley, Miguel c/ Scavino, José”, L.L., 1977-D-303 y autos “Provincia de Neuquén c/ Sport 2000 S.A.”, L.L. 1977-D-329/SCBA, causa “Mas, Salvador Andrés c/ Noli, Pedro Agustín s/ Cumplimiento de Contrato”, 21/06/1977.- J.A., 1977-III-458), la ley 23.928 sancionada en 1991 había prohibido expresamente toda alternativa indexatoria en sus artículos 7° y 10°, posición que a la postre, también sostuvo la ley 25.561 y la ley 26.994 al sancionar el actual Código Civil y Comercial.

Esto hizo que surgieran planteos de inconstitucionalidad de los mencionados artículos 7° y 10° de la ley 23.928.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió el 20 de abril de 2010 en el caso “Massolo” (Fallos: 337:447) sosteniendo la validez de las normas que imponían—e imponen, pues son las mismas actualmente—la prohibición genérica de indexar las sumas de dinero, criterio que no ha variado sustancialmente hasta la fecha.

Al día de hoy, todo sigue igual, provocando estos desajustes entre la realidad y la ficción jurídico-monetaria una verdadera confusión y falta de claridad en la determinación de activos, pero principalmente, de los pasivos falenciales.

Señalo esto, porque el monto de los créditos verificados se establece sobre valores de capital “nominal” sin admitir su indexación, cuando la actualización monetaria ante el elocuente fenómeno inflacionario es la única forma de advertir en toda su extensión el verdadero perjuicio de los acreedores.

Digo esto, porque se ha señalado que la declaración de inconstitucionalidad sería inoficiosa si el activo falencial no alcanza para satisfacer los créditos verificados, agregándose que, solo podría ser materia a considerar sí, existe un remanente de fondos tras la cancelación total del capital nominal y sus intereses, porque solo en ese momento se podría “vislumbrar” si los acreedores sufrieron un daño cierto y actual en su derecho de propiedad” (CNCom., sala D, autos “Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada s/ Quiebra”, 28/06/2022. En igual sentido, sala B, autos SOTO, Ernesto Fernando s/ Quiebra”, 15/12/2021, entre otros. En los fallos citados, la Fiscalía de Cámara había planteado la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, pero fueron rechazados).

En mi opinión esto es colocar el carro por delante del caballo, confundiendo lo que significa determinar el valor real del capital del crédito, con la posibilidad de su

cobro y con la función legal y económica de los intereses —compensatorios o moratorios— suspendidos por la declaración de quiebra (artículos 129 y 228, ley 24.522).

Estos, tienen como fin remunerar el uso del capital—compensatorios— o la mora —moratorios—, pero al estar liquidados sobre un capital “desvalorizado” y, que por ser tal, no representa el valor real del crédito verificado —solo el valor nominal—, cualquier tasa de interés va a estar liquidada sobre un verdadero “espejismo”, porque eso es el capital nominal en el marco de un proceso inflacionario como el que atraviesa la Argentina.

A ello se debe agregar que, contrariamente a lo que se ha sostenido en diversos precedentes citados, conocer el real valor del crédito no guarda relación alguna con la potencial existencia del remanente, sino como fijar el verdadero *quantum* del pasivo falencial, tema este por demás esencial y para nada abstracto, aunque no alcancen los fondos provenientes de la realización de los bienes desapoderados.

3. Más allá de esto, es importante resaltar que no solo las obligaciones en pesos fueron alcanzadas por los hechos que vengo citando, sino también las *obligaciones en moneda extranjera*, porque la intervención del Estado en el mercado de cambios mediante todo tipo de medidas, terminó alterando el valor real de mercado de dicha moneda, dando lugar a todo tipo de distorsiones monetarias y cambiarias, cuyas consecuencias han sido y son diversas.

4. La cuestión es que, la falta de una moneda real—en términos de realidad económica concreta—que cumpla las funciones básicas que de esta se espera—ser medio de cambio, unidad de cuenta y reserva o depósito de valor—genera todas clase de inconvenientes, en especial, cuando se trata de cumplir dos objetivos fundamentales, entre otros, en un proceso liquidatorio como es la quiebra.

Me refiero a la protección de la integridad de la masa activa y su valor, y a la tutela de los derechos de los acreedores que integran la masa pasiva, intentando evitar a estos mayores daños que aquellos que ya deben soportar sin derecho a resarcimiento como consecuencia de la quiebra y sus efectos propios (artículo 142 ley 24.522 y artículo 1718, inc. “a”, Código Civil y Comercial).

5. Antes de continuares importante tener presente para abordar este tema con la amplitud que merece, la necesidad de no olvidar que estamos enfrentando un pro-

blema que, por su reiteración y triste “cronicidad”, no deja de ser una patología monetaria que debe ser tratada desde esa perspectiva, es decir, no como una situación “ordinaria” a la que se le aplican regularmente las normas previstas para la “normalidad”—nuestra ley concursal es atemporal, en ese sentido y no tiene en cuenta circunstancias macroeconómicas especiales—, sino como una anomalía, como algo “no ordinario”.

6. Pues bien, hecha esta brevísima introducción para entrar en tema y que expone el marco contextual donde transita la quiebra hoy en día en la Argentina, trataré en los párrafos que siguen una cuestión que se ha planteado reiteradamente en el marco de estos procesos donde existen fondos depositados originariamente constituidos por pesos provenientes de la liquidación de los bienes desapoderados que, con el fin de resguardarlos de la desvalorización fueron convertidos a dólares estadounidenses billetes para “preservar la intangibilidad de los activos de la fallida” (CNCom., sala D, autos “Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada s/ Quiebra”, 28/06/2022), tal como lo habilita el artículo 183 de la ley 24.522, en consonancia, agrego, con la manda del artículo 159 de la ley concursal que impone al juez velar por “la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa” como uno de los fines del proceso colectivo.

7. Ahora bien, para ir al grano, en primer lugar, se debe establecer el lugar de la moneda de curso legal en el proceso falencial.

Como moneda de curso legal, el peso, en tanto dinero —única moneda que lo es—, entre sus funciones que he mencionado en párrafos precedentes, esta oficia como unidad *de cuenta* sobre la que se debe elaborar la cuantificación de los créditos —de todos—y, naturalmente, el proyecto de distribución final, el cual, entre otros puntos, debe ser confeccionado “con arreglo a la verificación y graduación de los créditos, previendo las reservas necesarias” (artículo 218, inciso 4, ley 19.550).

Prueba de este rol unificador del dinero en la realización de las cuentas del concurso surge del artículo 127 de la ley 24.522. Este precepto dispone que, tanto las prestaciones no dinerarias, como las *obligaciones contraídas en moneda extranjera* o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, “concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la República Argentina, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor a la del vencimiento, si este fuere anterior”.

Se fija de esta manera y definitivamente a los fines de determinar el monto de los créditos antes mencionados cuya verificación se solicite, que estos deben ser calculados necesariamente en “pesos” por poseer esta moneda de curso legal en el país.

En cambio, si bien se mantiene la función del peso como unidad de cuenta, no se prevé la misma solución para el concurso preventivo, donde se da una notable diferencia, porque a diferencia de lo que pasa en la quiebra, “las deudas en moneda extranjera se calculan en moneda de curso legal, a la fecha de la presentación del síndico previsto en el artículo 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías (artículo 19, ley 24.522).

O sea que, mientras que la conversión a pesos de la moneda extranjera es provisoria en el concurso preventivo para poder cuantificar el pasivo con los créditos verificados y declarados admisibles hasta ese momento, a efectos de fijar las mayorías que se requerirán para la aprobación del acuerdo, en la quiebra esa misma conversión es definitiva.

Con estos elementos citados sintéticamente en esta ponencia, pero fundamentalmente con lo dispuesto por el artículo 765 del Código Civil y Comercial, no quedan dudas sobre que la moneda de curso legal en la República Argentina es, en una situación de relativa normalidad monetaria, económica y financiera, la moneda de pago en la quiebra, es decir, es como se ser satisfecho el dividendo concursal.

Su percepción produce plenos efectos cancelatorios, totales o parciales, según este resulte íntegro o no (artículos 765 y 766, Código Civil y Comercial).

**7.** Sin embargo, también es cierto que no existe en la Ley 24.522, ni en nuestro ordenamiento jurídico vigente, norma imperativa alguna que imponga como única alternativa de pago posible la entrega de pesos.

Que los créditos hayan sido verificados en pesos en cumplimiento de las mandas legales mencionadas, no quiere decir que, en circunstancias excepcionales como las actuales y siempre que los fondos se encuentren depositados en moneda extranjera, aquellos no puedan ser satisfechos mediante la entrega de esta última (artículo 766, Código Civil y Comercial).

Reitero, no existe una prohibición legal para pagar en moneda extranjera.

Lejos de toda intención especulativa, lo que se busca con ello es proteger el patrimonio y reducir el impacto dañoso que patrimonialmente produce la quiebra en los acreedores, aspecto este último que resulta decisivo en una liquidación falencial.

La complejidad de la situación montearía, económica y financiera existente, fue atendida adecuadamente por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al decidir en autos “Sanfor Salud S.A. s/ Quiebra” (3/5/2022) que, “siendo que debe resolverse atendiendo a la debida protección del crédito (arg. art. 159 LCQ), buscando reducir las consecuencias que el proceso falencial, tan extendido en el tiempo, ha ocasionado sobre los derechos de los acreedores y las pérdidas que le pudieran generar, encontrándose los fondos ya depositados en la moneda en que se pretende cobrar, no se advierte que existan objeciones para que los dividendos sean abonados en dicha moneda, a la paridad de cambio correspondiente a la fecha en que se presentara el proyecto de distribución, tal como lo propusiera el síndico en su proyecto, sin necesidad de recurrir a la pesificación de las sumas depositadas en esa moneda para satisfacer los importes que se distribuyen (conf. esta CNCom., esta Sala, 21.10.2020, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ segunda distribución complementaria)[...] al admitirse esta propuesta de la sindicatura, no solo no se está controvirtiendo norma alguna en el mercado cambiario, sino que, además, se está manteniendo la intangibilidad de los dividendos concursales a la fecha en que se ha presentado el proyecto de distribución, sorteando la depreciación clara que han tenido los montos asignados por el transcurso del tiempo”.

Concluyó la sala que, “ante estas consideraciones, estima esta Sala que, de manera excepcional, en las condiciones particulares de este proceso y en esta coyuntura económica, cabe admitir que el pago de los dividendos concursales aquí involucrados, sea realizado en dólares estadounidenses en favor de todos los acreedores. Señálase que la percepción de tales pagos realizados en dólares estadounidenses serán cancelatorios del dividendo que en pesos se le hubiera asignado a cada acreedor en el proyecto de distribución que nos ocupa. Ello a los fines del cálculo que deba efectuarse de las acreencias en una distribución posterior. Los acreedores deberán contar para esto con una cuenta abierta en dicha moneda a los fines de la transferencia correspondiente...”.

Entiendo que esta es, en principio, la solución más razonable que se ajusta a los fines que se persiguen en el proceso falencial en defensa de los activos y de los derechos de los acreedores concurrentes (artículo 16, 17, 18, 19, 28 y 75 inc. 22, Constitución de la Nación).

A fin de establecer la cantidad de moneda extranjera a percibir, se deberá convertir los pesos asignados en el proyecto de distribución correspondiente, conforme el valor tipo comprador del denominado dólar MEP o bolsa, para mantener una ajus-

tada y real proporción entre el valor de adquisición de la divisa en el mercado y evitar la mera especulación cambiaria.

**8.** En última instancia, si existen fondos depositados en dólares y se insiste en abonar en pesos —o existen acreedores que no quieren percibir dólares u organismos públicos que así lo requieran—, corresponde que estos se liquiden a través de la operatoria conocida como dólar bolsa o MEP, porque ello, no solo no representa un mecanismo especulativo sino un mecanismo lícito al que se debe acudir para proteger “realmente” en términos de intangibilidad patrimonial, los fondos depositados en dólares que pertenezcan a la quiebra.

La sala A en la causa “Sanfor” citada propone que en los casos donde no se desea algún acreedor no pueda percibir la moneda extranjera que el banco depositario venda los dólares, pero en tal caso, se liquidarían a valor del mercado oficial perjudicando sensiblemente el valor de las acreencias involucradas.

Por esa razón, considero que debe ser la venta mediante el sistema del dólar MEP o bolsa la que se debe seguir para no causar daños injustificados a los acreedores que se encuentren en esa situación particular, máxime cuando esa forma de convertir la moneda extranjera ha sido receptada por diversos precedentes (véase como ejemplo, CNCom., sala D, autos “Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada s/ Quiebra”, 28/06/2022; autos “Di Nella, Alberto s/ Quiebra”, 30/06/2022. También la sala B, autos SOTO, Ernesto Fernando s/ Quiebra”, 15/12/2021.

**9.** Ciertamente no se agotan aquí las distintas situaciones que en particular se pueden presentar, como insistir en que la determinación del capital debe ser actualizada al elaborar el proyecto de distribución para poder establecer el verdadero valor del pasivo y los reales perjuicios que pudieran sufrir los acreedores, pero, más allá de haber adelantado mi opinión sobre el tema, quedará para otro trabajo donde podamos analizar esa cuestión con mayor atención y profundidad.

## RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SÍNDICO POR SU PROCEDER PERJUDICIAL RESPECTO DE LOS JUICIOS RELACIONADOS CON LA QUIEBRA.

Dr. Miguel Eduardo Rubín

Instituto de Derecho Concursal – Colegio de Abogados de San Isidro

---

### PONENCIA

El síndico concursal, con independencia de eventuales sanciones disciplinarias, es civilmente responsable por los daños ilegítimos que ocasiona a la quiebra, tanto por no promover las acciones de recomposición patrimonial cuando están reunidas las condiciones de ley, como por incoarlas de manera defectuosa, o por no activar el trámite en debida forma.

También es civilmente responsable por no defender adecuadamente al fallido en aquellos pleitos en los cuales éste es demandado.

---

#### **1.- El síndico de la quiebra debe ocuparse de todas las acciones de recomposición patrimonial.**

Así resulta del art. 119 LCQ respecto de la acción de **ineficacia concursal**, del art. 174 LCQ referido a la acción de responsabilidad contra los sujetos identificados en el art. 173 LCQ, y del art. 175 LCQ en punto a la que debe encarar contra los socios y otros responsables que, por acción u omisión, han afectado ilegítimamente a la sociedad cesante o a sus acreedores.

También está obligado a impulsar las acciones que, con similar finalidad, se encuentran reguladas por el Código Civil y Comercial, como la de **simulación** (arts. 333 y siguientes CCyC) y la de **fraude** (arts. 338 y siguientes CCyC).

El síndico igualmente debe promover las acciones de reparación de los daños injustos que hubiera padecido el fallido (art. 1716 y siguientes CCyC), así como a demandar, en sustitución del quebrado, por incumplimiento contractual o para obtener la indemnización de los daños que le hubieran sido ocasionados a este último, pues así lo estatuyen los arts. 142 y 182 LCQ.

En el marco de la quiebra, asimismo debe iniciar la acción contra los socios de la sociedad fallida que adeuden aportes (art. 150 LCQ).

Adicionalmente, el plexo jurídico societario contempla otras acciones que el síndico debe continuar (si ya se hubieran iniciado cuando la sociedad se encontraba *in bonis*) o promoverlas desde cero. Me refiero a la de indemnización por los daños ilegítimos ocasionados a la sociedad por dolo o culpa de sus socios o controlantes (art. 54 LGS), y a la acción que, por igual motivo, debe impulsar contra los administradores y los representantes sociales (art. 59 LGS).

Aunque los arts. 163 y 278 LCQ, de manera poco feliz, dicen que el síndico “**puede**” demandar, respectivamente, la extensión de la quiebra y la acción de responsabilidad societaria, la Doctrina y la Jurisprudencia mayoritariamente demostraron que tales litigios no son de promoción optativa para el funcionario concursal, pues también forman parte de las obligaciones a su cargo que derivan del art. 275 LCQ.

## **2.- Fuentes para obtener la información y las pruebas.**

Para poder cumplir los recaudos legales de cada una de las acciones a las que me referí es fundamental que el síndico investigue a fondo. Un hito en esa labor lo constituye el Informe General (art. 39 LCQ), donde el funcionario concursal debe comunicar al Juzgado y a los acreedores del fallido cuáles son las acciones judiciales que ha impetrado o que está preparando.

Para llevar a cabo esas averiguaciones el síndico debe ir mucho más allá de los libros contables.

Sin embargo, es frecuente que esa labor no se lleve a cabo de manera diligente.

Otra actividad procesal que es tomada con cierto desdén en la práctica concursal pero que debe ser de gran utilidad es la que tiene que ver con las observaciones al Informe General que los acreedores (o aspirantes a acreedores) pueden introducir en los términos del art. 40 LCQ.

Entiendo que, para esas observaciones, era preferible que la Ley hubiera empleado la metodología del art. 117 LCQ; es decir, que se hubiera abierto una breve instancia para sustanciarlas con el síndico.

Lo cierto es que lo que el síndico, con dolo o culpa, deje de hacer en esta materia, así como lo que haga de manera deficiente, también puede ocasionar daños a los acreedores falenciales, y, por ende, debe indemnizarlos.

### **3.- Responsabilidad del síndico por no promover la acción de recomposición patrimonial antes de que prescriba o caduque.**

En estos supuestos, tomando en cuenta lo dispuesto por los arts. 1722 y 1723 CCyC, no es necesario que el funcionario concursal hubiera adoptado esa actitud por dolo o negligencia, pues basta con que se compruebe la falta de la presentación de la demanda y el cumplimiento del plazo de prescripción o caducidad para que se lo considere responsable.

Igual solución corresponde adoptar cuando el síndico promueve el litigio dentro del plazo de ley, pero, por su inactividad, deja que la acción perima y no pueda promoverse nuevamente porque, entre tanto, prescribió.

En tales peripecias el síndico sólo puede dejar a salvo su responsabilidad demostrando que no hubo culpa o dolo de su parte; pues, en este ámbito, estamos ante un supuesto de **responsabilidad objetiva** (arts. 1722 y 1723 CCyC).

### **4.- Juicio promovido por el síndico que se pierde porque la demanda es defectuosa o por otras actitudes negligentes o dolosas suyas.**

Para que el síndico pueda ser considerado responsable debe demostrarse que la acción que intentó, *ab initio*, objetivamente, carecía de toda posibilidad de ser admitida por el tribunal.

Ello vale para el supuesto en el cual el síndico interpone la demanda cuando no están reunidos los recaudos de ley, o cuando presenta una demanda con graves defectos de fundamentación, o cuando no cuenta con las pruebas necesarias, o cuando el plazo de prescripción o caducidad ya se encuentra superado, y, por cualquiera de esas razones, la acción es rechazada por el tribunal.

El funcionario concursal es igualmente responsable si, después de haber promovido la demanda en debida forma, por su dolo o negligencia, hace que no se produzcan adecuadamente las pruebas esenciales, o no debate apropiadamente la postura del demandado, y, por ello, la pretensión es desestimada.

### **5.- Caso en el cual la acción de ineficacia concursal promovida por un acreedor.**

El art. 120 LCQ permite que cualquier acreedor, ante la inactividad del síndico, pueda promover la acción de ineficacia concursal.

Si el acreedor impetratal demanda se abren dos posibilidades: que sea desestimada o que prospere.

Cuando el acreedor demanda la declaración de ineficacia concursal sin aportar las pruebas conducentes o planteando inadecuadamente sus argumentos, y, por eso, el pleito se pierde, si el síndico contaba con las pruebas y los argumentos adecuados, debe responder por los daños que soporte la quiebra con motivo del rechazo de dicha demanda.

Y si la acción de ineficacia concursal promovida por el acreedor prospera, como el art. 120 LCQ lo premia con una preferencia especial sobre los bienes recuperados, el síndico debe compensar al resto de los acreedores por el perjuicio que les significa soportar sobre sus hombros esa prelación.

#### **6.- Qué es lo que debe indemnizar el síndico en estos casos.**

Preliminarmente debo apuntar que el síndico, en todas las hipótesis que acabo de describir, debe indemnizar los daños que guarden una relación de causalidad adecuada con su ilegítimo proceder (arts. 1726 y 1727 CCyC).

Desde esa perspectiva, se advertirá que las consecuencias perjudiciales de una u otra falta son total o parcialmente diversas.

Comencemos por el supuesto en el cual el funcionario concursal, teniendo en sus manos los elementos necesarios para iniciar un pleito de recomposición patrimonial, deja pasar el plazo de prescripción o caducidad sin presentar la demanda ante el tribunal.

Lo primero que hay que tener en cuenta en este escenario es que, aunque el síndico hubiera deducido la demanda en término, ello no significa que el pleitofatalmente desembocará en una sentencia de condena. Los litigios, como toda actuación humana, por diversas razones, pueden concluir con la admisión total o parcial de la demanda, o con su rechazo.

Por eso debe inferirse que, en esas hipótesis, lo que debe indemnizar el síndico es una **chance** de victoria de la demanda (arts. 1738 y 1739 CCyC).

Distinto es el enfoque si el juicio que encara el funcionario concursal se pierde (en todo o en parte) por dolo o negligencia suyos; por ejemplo, por haber redactado la demanda (*ex profeso* o por descuido) con gruesos defectos técnicos, u omitiendo hechos o pruebas cardinales.

En esa alternativa, lógicamente, no rige la responsabilidad objetiva, por lo que

hay acreditar el factor subjetivo de responsabilidad y mensurar la influencia que tuvo el proceder del funcionario concursal en el resultado negativo del pleito.

El síndico, en tales hipótesis, adicionalmente será responsable por las costas que deba soportar la quiebra.

### **7.- Responsabilidad del síndico por su proceder ilegítimo como defensor de los intereses del quebrado cuando éste es demandado.**

El síndico, en caso de quiebra, como derivación de lo dispuesto por los arts. 106 y 107 LCQ, está forzado a litigar, en lugar de este último, también si es demandado (art. 110 LCQ). Es lo que ocurre, por ejemplo, con los casos en los cuales existe un litisconsorcio pasivo necesario en el que el fallido sea demandado, si se opta por proseguir el juicio ante el tribunal originario (art. 133 LCQ).

En ese entorno, el funcionario concursal también puede obrar con culpa o negligencia (por no contestar la demanda, o por contestarla de manera extemporánea, o con técnica impropia), perjudicando la postura del quebrado y ocasionando daños que pueden repercutir negativamente en el dividendo de liquidación de los acreedores falenciales.

Por ende, en esas hipótesis, será igualmente responsable de tales daños.

En ese sentido, aprecio que, si bien la Jurisprudencia, en general, determina que las costas que genera la actuación procesal del síndico en defensa del fallido deben ser soportadas por la quiebra, en aquellos casos en los cuales el funcionario concursal actúa con grosera negligencia, o, peor, con dolo, debe afrontarlas él.

**A LOS FINES DE LO NORMADO POR EL ART. 127 LCYQ, LA CONVERSIÓN DE UN CRÉDITO EN DÓLARES A MONEDA DE CURSO LEGAL DEBERÁ EFECTUARSE TOMANDO COMO BASE EL VALOR DEL DÓLAR MEP.**

**Dr. Gerónimo M. De Francesco**

Colegio de Abogados de San Isidro - Instituto de Derecho Concursal.

---

**PONENCIA**

En lo que aquí interesa, el art. 127 de la LCyQ establece que “Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la REPUBLICA ARGENTINA, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor a la del vencimiento, si este fuere anterior”

En ese sentido, se ha entendido que esta conversión de carácter inexorable se justifica en el caso de la quiebra del deudor a fin de que todos los acreedores concurren con créditos identificados en un común denominador. La moneda única, de curso legal, constituye así la unidad de cuenta común que permitirá a cada acreedor la participación porcentual en la respectiva distribución del producto de la liquidación de los bienes.<sup>1</sup>

En lo que respecta al planteo central del presente trabajo tenemos que, en líneas generales, los tribunales capitalinos se han volcado tomando como base el valor del “dólar oficial” para la conversión del crédito en dólares estadounidenses a moneda de curso legal ordenada por el art. 127 LCyQ.<sup>2</sup>

Contrariamente a dicha postura, en algún precedente aislado se recurrió a la figura del cobro del dividendo en dólares en actuaciones donde la mayor parte de los fondos existentes se encontraban depositados en dólares estadounidenses, ello, a fin de evitar que la dilación en el tiempo de la cancelación de los créditos

---

<sup>1</sup>Rouillón Adolfo A. N. “Código de Comercio” T. IV-B, p. 301

<sup>2</sup>CNCom, Sala B, “FORMATOS EFICIENTES SA s/ QUIEBRA s/ INCIDENTE DE VERIFICACION DE CREDITO DE BERCE, LUIS PEDRO”, 19/06/2019; CNCom, Sala A, “Raycco S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión de crédito promovido por Goettig, Guillermina Ines”, 06/09/2016, entre otros

emanados del proyecto de distribución, dentro del contexto económico existente actualmente, pueda importar en los hechos una desvalorización mayor de tales acreencias.<sup>3</sup>

---

## 2.- La propuesta:

Lo solución que aquí proponemos consiste en que la conversión del crédito expresada en dólares a moneda de curso legal se efectúe tomando como base un valor que refleje de manera más fidedigna el “valor real de mercado” del billete estadounidense que el de la cotización del dólar oficial.

Como preliminar, debemos establecer que no existen razones fundadas por las cuáles debemos interpretar que el equivalente en moneda de curso legal al que alude el artículo 127 LCyQ suponga que tal conversión necesariamente deba realizarse según la cotización del “dólar oficial”.

En lo referido a la determinación del tipo de cambio para la conversión, no puede soslayarse las brechas existentes entre la actual cotización del dólar en el mercado oficial y otros datos económicos que usualmente se presentan al público como expresivos de equivalencia cambiarias (vrg. “dólar MEP o bolsa”)<sup>4</sup>, por lo que desde ya se podría adelantar que la conversión al dólar oficial configuraría un evidente enriquecimiento sin causa en cabeza de la fallida, conforme los términos del art. 1794 del CCyCN<sup>5</sup>.

Es por ello que si a los fines establecidos por el art. 127 LCyQ tomamos como base el valor del dólar oficial al día la fecha del decreto de quiebra, de esta manera se perjudicará en forma exclusiva a una sola de las partes involucradas en el negocio subyacente, es decir, al acreedor en moneda extranjera.

Demás esta remarcar que la conversión al dólar oficial de los créditos en dólares estadounidenses claramente ocasionaría la licuación de casi el 50% de los créditos representados en dicha moneda, por lo que tampoco cabrían dudas acerca de la exis-

---

<sup>3</sup>CNCom., Sala A, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de segunda distribución complementaria”, 21/10/2020

<sup>4</sup>CNCom., Sala D, “Trenes de Buenos Aires S.A. s/Quiebra.”, 14 de marzo de 2023.

<sup>5</sup>Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.

tencia de un claro abuso de derecho en los términos previstos en el art. 10 y cctes. del CCyCN<sup>6</sup>.

Pensemos un ejemplo extremo en el que una persona recurre al mercado de valores (único mecanismo legal habilitado en la actualidad) para hacerse de dólares billetes, luego los da en préstamo a otra persona y a las 24 hs. su deudor se presenta en quiebra, de mediar la conversión del art. 127 LCyQ al valor del “dólar oficial” claramente perdería casi el 50% del valor de su crédito en un solo día (valor dólar MEP \$ 356,57 y valor dólar oficial \$193,91 al día 24/02/2023 ).

Es decir, al deudor le alcanzaría simplemente con solicitar su propia quiebra para licuar, con la sola presentación, los créditos de los acreedores que estuvieran consignados en moneda extranjera; bastándole luego con abonar tales créditos licuados, con más los gastos del concurso, para posteriormente solicitar el levantamiento de la quiebra, obteniendo con ello una reducción de casi el 50% de sus deudas en moneda extranjera.

Tampoco hace falta mucho esfuerzo interpretativo para advertir que la conversión al dólar oficial en los términos consignados no haría más que alentar la utilización del procedimiento en el sentido antes mencionado, importando una clara desviación de la causa fin del instituto de la quiebra, ello, puesto que se recurriría al pedido de propia quiebra con la finalidad de favorecer al deudor frente a una conducta abusiva del proceso tendiente a sanear su patrimonio<sup>7</sup>.

Tal situación se agravaría aún más cuando el crédito en moneda extranjera contase con privilegio hipotecario, ello, por cuanto la expectativa de cobro derivada de la eventual liquidación del bien que constituye el asiento del privilegio hipotecario, en principio, descartaría la imposibilidad del patrimonio del deudor para hacer frente a tales obligaciones<sup>8</sup>.

Continuando con el hilo argumentativo esbozado, no caben dudas que la conversión establecido en el art. 127 LCyQ tiene como objetivo establecer una relación de equivalencia entre los acreedores concurrentes; en otras palabras, se funda en la

---

<sup>6</sup>La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraria los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

<sup>7</sup>Ver argumento de JUNYENT BAS, Francisco - IZQUIERDO, Solvana, en “La revocación de la apertura del concurso preventivo en caso de uso disfuncional y abusivo del instituto”, *Estudios de Derecho Empresarial*, ISSN 2346-9404, pág. 167 punto VIII. 2.

<sup>8</sup>Ver *Juzg. Nac. de 1ra. Inst. Com. N°23 Sec. N°45, PISCANE, Rosa Beatriz s/ Concurso Preventivo*, 51.489, 08/11/2005, sentencia firme.

necesaria preservación de la “pars conditio creditorum” evitando que los titulares de esas acreencias puedan beneficiarse o perjudicarse por las fluctuaciones de los valores en cuestión.<sup>9</sup>

Véase en ese sentido que el fin normativo está determinado por la circunstancia de que en la quiebra deben quedar cristalizadas las deudas al tiempo del auto declarativo, porque es la manera mediante la cual se puede establecer una relación de equivalencia entre los acreedores que, en el juicio universal, concurren a la liquidación del patrimonio<sup>10</sup>.

Entendemos por ello que la finalidad del art. 127 LCyQ claramente se encuentra configurada por la necesidad de evitar que las fluctuaciones del tipo de cambió beneficien a algunos acreedores por encima de otros, por el simple hecho de poseer un crédito en moneda extranjera, quedando así ambos acreedores en pie de igualdad luego de la conversión del crédito a moneda de curso legal.

La citada finalidad no colisiona en modo alguno con la conversión al “Dólar MEP” propiciada, ello, dado que la modalidad propuesta claramente mantendría la relación de equivalencia entre los acreedores de igual rango, quedando todos ellos cristalizados en moneda de curso legal al momento del decreto de quiebra y luego esclavos de las devaluaciones que sufra el peso argentino hasta que efectivamente puedan percibir su crédito.

Un claro ejemplo de la procedencia de un trato diferenciado de acreedores al momento de conversión y sin violentar la “pars conditio creditorum” estaría configurado por la aplicación de la tasa de interés en uno y otro caso analizado, es decir, para el caso de un crédito que se encuentre constituido en moneda extranjera dura se aplicará al momento de la conversión una tasa menor diferenciada del resto de los créditos en moneda de curso legal, la cual generalmente será del 6% anual en el primero de los casos y de la tasa activa del BNA en el segundo de ellos, para luego, una vez convertidos, aplicársele en todos los casos la tasa activa del BNA por haber quedado la totalidad de los créditos cristalizados en moneda de curso legal<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>CNCom., Sala D, “Stauffer, Carlos Alberto s/ quiebra s/ incidente de verificación por Hipotecas Ya S.R.L. y otro”, 19/03/2009; en similar sentido, CNCom, Sala A, “Construcciones Potosí 4013 SA s/ quiebra s/ incidente de verificación por Álvarez, Valeria Isabel”, 13/02/2019

<sup>10</sup>CNCom, Sala A, “Raycco S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión de crédito promovido por Goettig, Guillermina Ines”, 06/09/2016; Sala B, “Valva, José Luis s/ quiebra s/ incidente de verificación por Aida Raciti y otros”, 05/06/2013; Sala C, “Confeggi, Horacio Enrique s/ quiebra s/ concurso especial por Har-kam Matías Antonio, 24/04/2012

<sup>11</sup>ver en lo aplicable CNCom., Sala E, “CEREALES CERPEN SA S/ QUIEBRA.”, 16/03/20

Queda claro entonces que, si al momento de la conversión y en relación a la fijación de intereses, a los créditos determinados en moneda extranjera se les otorga un tratamiento diferenciado respecto de los créditos determinados en moneda de curso legal, esto es, a los primeros se le aplica una tasa mucho menor que a la de los segundos, resultaría lógico que a la hora de analizar la conversión propiamente dicha del art. 127 LCyQ también se utilice un criterio compensador que coincida con el utilizado para la fijación de la tasa de intereses analizada, siendo ésta y no otra la real materialización de la igualdad de trato de los acreedores del mismo rango.

En un precedente jurisprudencial<sup>12</sup> se ha plasmado un argumento de gran similitud al esbozado anteriormente, ello, por cuanto se estableció que este encuadre no implica privilegiar a los acreedores en moneda extranjera ni violentar el principio de igualdad entre los acreedores (*pars conditio creditorum*), puesto que encuentra justificación en el diverso trato que el legislador le concede a esta clase de créditos en función de un elemento puramente objetivo como lo es el singular objeto de la obligación, siendo que la solución legal se aplica por igual a todos los acreedores que se hallen en esta específica situación, sin discriminación alguna y sin concederles a éstos prerrogativas que no tengan los restantes acreedores por el solo hecho de tener créditos en moneda extranjera.

Tal conclusión debería ser receptada sin hesitación en jurisdicciones en donde apliquen el criterio de conversión al dólar MEP para los casos individuales<sup>13</sup> y/o para las regulaciones de honorarios<sup>14</sup>, por lo que no debería variar la aplicación de dicho mecanismo de conversión por la sola circunstancia de tratarse en el caso de un proceso de quiebra en donde, como ya se dijera, la interpretación propuesta del art. 127 LCyQ claramente se ajusta con la finalidad tenida por el legislador al momento de sancionar la norma.

### 3.- La conclusión:

Válidamente podemos concluir que la conversión a los fines del art. 127 LCyQ

<sup>12</sup>CACC, San Isidro, Sala 3ra., “Grupo Simpa S.A. s/ concurso preventivo” (expte. n° SI-25560-2019), 27/05/2021

<sup>13</sup> En el departamento judicial de San Isidro ver CACC San Isidro, Sala 1ra., causa “Chenquelof c/ Corzo a/ Cobro Ejecutivo”, SI-11093/2020. S. 9-9-2022, RR 658/22; Sala 2da., causa “Nebot”, SI-3249/2013, ri 247/21, 6-12-2021; Sala 3ra., causa “Lafita”, SI-30024/2017, RS 13/22, S. 22-2-2022

<sup>14</sup> En el departamento judicial de San Isidro ver CACC San Isidro Sala 1ra., causa 11.093/2020 del 09/09/2022, Sala 2da., causa 1.235/2022 del 15/11/2022 y Sala 3ra., causa 26.788/2014 del 30/04/2021

mediante valor del “dólar oficial” importaría un claro abuso de derecho y un evidente enriquecimiento sin causa en cabeza de la fallida, ambos vedados por el CCyCN, siendo entonces que la conversión mediante el valor del “dólar MEP” sería la que mejor se ajusta a una composición equitativa de la deuda.

Además, el referido criterio respeta la equivalencia entre los acreedores concurrentes puesto que tanto los acreedores con créditos en moneda extranjera como los que posean créditos en moneda local quedarían en pie de igualdad al ser cristalizados en la misma moneda al momento del decreto de quiebra.

En la actualidad existe una marcada tendencia jurisprudencial que recepta la conversión al dólar MEP de los activos falenciales constituidos por fondos existentes en cuentas judiciales en dólares<sup>15</sup> o incluso la inversión de los fondos que posea en pesos la quiebra mediante la adquisición de dólares estadounidenses por intermedio del mecanismo del dólar MEP<sup>16</sup>, por lo que no se encontraría óbice alguno para aplicar el mismo mecanismo para los casos de conversión de los pasivos falenciales determinados en dólares estadounidenses que sería la contracara de la misma moneda.

---

<sup>15</sup>Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 de San Isidro, resolución firme de fecha 29 de Abril de 2021 en autos “LA INDEPENDENCIA SA DE TRANSPORTES S/ QUIEBRA” Expte. N° 53757, CNCCom., Sala A, Kestner SACIFIA s/ Quiebra, 11/03/2014, CNCCom., Sala A “AGREST S.A.C.I.F.E I. s/ QUIEBRA”, 22/12/2021, entre otros.

<sup>16</sup>CNCom., Sala D, “Trenes de Buenos Aires S.A. s/Quiebra.”, 14/03/23, íd., “Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada s/ quiebra”; 28/06/22, íd., “Di Nella, Alberto s/ quiebra” 30/06/22.

## EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL: A LA MEDIDA DE QUIEN.

**Dra. Evangelina Ester Zambello**

Colegio de Abogados de Morón

---

### PONENCIA

**El APE bien utilizado puede salvar a un deudor de comenzar con alguno de los procesos más duros de afrontar para una sociedad que son el concurso y la quiebra, porque puede llevar a la disolución y liquidación de la misma.**

**También es real que en algunas circunstancias puede ser mucho más beneficiosa ésta vía que un concurso preventivo, no solo porque es un procedimiento mucho más económico en dinero y tiempo, sino porque sabemos que a nivel financiero, sobre todo si hablamos de préstamos, el concurso trae otras consecuencias más gravosas.**

**Más existen sin dudas aquellas empresas poderosas que utilizan el APE y su escueta regulación a su medida, para tener una financiación barata a costa de sus acreedores.**

---

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) se encuentra previsto en la Ley de Concursos y Quiebras (Ley N° 24.522) entre sus artículos 69 y 76, incorporado por la Ley N° 25.589 durante la crisis de 2002.

El APE fue previsto para superar situaciones económicas complejas que atraviesan las personas humanas o jurídicas (las que contempla el art. 2 de la Ley mencionada), tales como cesación de pagos, dificultades económicas o financieras de carácter general, a los fines de evitar un proceso concursal o la quiebra. Es una herramienta que permite reestructurar pasivos en forma más expedita y económica que la que resulta del concurso preventivo de acreedores, pero tienen algunas diferencias. Una de ellas es que no es condición fundamental encontrarse en cesación de pagos sino que puede efectuarse en cualquier momento.

La primera observación que merece es que el APE cuenta con regulación bastante escueta a mi criterio y casi sin control real para un procedimiento tan importante

y que es muy seductor para los deudores aunque no tanto para los acreedores.

La pregunta que me convoca es para quien fue pensado realmente el APE y a la medida de quien. Realmente se utiliza como una opción más económica por quienes quieren resolver problemas como los mencionados más arriba o es una herramienta que sirve para otros fines, se emplea para ayudar a la reestructuración de deudas o se utiliza con otros objetivos.

Empresas grandes, que tienen poderío y capacidad de negociación en muchos casos utilizan el APE a los fines de manipular los pagos y sus plazos, aprovechándose de la situación económica actual, con los índices de inflación extraordinarios es prácticamente un win-win.

El Dr. Anich asertivamente plantea que *“estos acuerdos y su negociación son, muchas veces, definidos por el acreedor relevante más que por el deudor... Esa idea de que el deudor “le impone” su propuesta al acreedor es más una visión simplista que una realidad negocial técnica”*<sup>1</sup>, dado que en muchos casos suele suceder que quien pone los parámetros son los acreedores o, en el mejor de los casos, la negociación existe, pero el presente pone el enfoque justamente en los deudores que utilizan esta herramienta para su propio beneficio y que cuentan con poder superior a los acreedores. Aquellos deudores que tienen capacidad de comprar toda la producción a sus acreedores los cuales de no recibir el pago del deudor puede ver perjudicada sus finanzas hasta lo impensado.

Es menester destacar que el artículo 69 de la ley indica que el legitimado para realizar los acuerdos y solicitar la homologación es el deudor que coincide con los sujetos que pueden solicitar un concurso preventivo. El legitimado es quien decide llevar adelante un APE por lo cual debe negociar con sus acreedores una propuesta de acuerdo que es amplia porque la propia reglamentación habla de libertad de formas, lo que puede implicar la reducción de sus pasivos, quita de intereses, etc.

Básicamente, el deudor hace todo: el APE, presenta la lista de acreedores, el total del pasivo y el activo, las conformidades, solo por mencionar algunos. Se ve como ha reemplazando la figura que ocupa el síndico en el concurso preventivo. En el APE el síndico no existe y toda la documental a agregar solo necesita una certificación realizada por contador público.

Los acuerdos se realizan por instrumento privado certificando las firmas por es-

---

<sup>1</sup> *Concursos y quiebras*, Marcelo Gebhardt Director, Juan Anich Coordinador, 1ed. CABA, Astrea 2020, ISBN 978-987-706-332-5, pag. 165.

cribano público y no necesariamente deben firmar todos los acreedores en la misma fecha. Esto por un lado es una ventaja porque pueden resultar engorroso que todos los acreedores del deudor se apersonen en el mismo lugar, el mismo día y a la misma hora, esto también puede ser utilizado por parte del deudor como una forma de negociación -o extorsión- al acreedor, toda vez que teniendo una cantidad importante de firmas puede obligar al resto de los acreedores, cuestión de suma importancia a los fines de cumplir con el requisito del artículo 73 donde exige que tienen que haber prestado la conformidad la mayoría absoluta de los acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total para poder alcanzar la homologación de la propuesta de pago acordada.

Si el acuerdo es homologado judicialmente, el mismo resultará oponible a todos sus acreedores quirografarios de causa o título anterior al acuerdo, hayan prestado o no conformidad con el mismo, es decir, que el acuerdo resulta obligatorio para los acreedores disidentes incluso para quienes no se hayan manifestado respecto del mismo. Un punto de suma relevancia es que aún cuando el acuerdo no fuese homologado judicialmente, este mantiene plena validez entre las partes que lo suscribieron, salvo que expresamente conste en el acuerdo lo contrario.

Ahora bien, aquí nos encontramos con el problema que fue anticipado supra: no existe ningún tercero imparcial como ocurre en el concurso con el síndico, que verifique que los acreedores que el deudor presenta y que posteriormente firman los acuerdos sean efectivamente acreedores reales, solo existe la certificación contable y un control entre los propios acreedores luego de la publicación de edictos (que se publican durante cinco días) y ya sabemos la complicación respecto de ser notificado por edictos.

Además, al no estar sujeto a revisión pueden ser condiciones realmente perjudiciales para los acreedores y que no les queda más remedio que aceptarlas, porque es sabido que en muchas oportunidades es aceptar lo que se ofrece o no cobrar.

Asimismo, el plazo para oponerse es muy acotado (como el art. 75 lo plantea es diez días desde la última publicación de edictos), tanto como los fundamentos de la oposición (omisiones o exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida por el artículo).

Si bien es real que el artículo 72 exige que los documentos presentados estén certificados por contador, nadie controla lo que éste firma porque el proceso de homologación es un procedimiento formal (como el artículo 75 en su segundo párrafo ordena), no es un proceso de fondo donde se revisan concienzudamente las pruebas

aportadas, sino que se ve que se cumpla con las formalidades requeridas y si así se confirma, se avanza. No se hace una investigación pormenorizada de la situación ni de sus libros, porque solo debe presentar una certificación de contador público.

Como ejemplo vemos en el inciso 2º del artículo 72 que los acreedores los presenta aquel que está en dificultades económicas con una certificación de contador. Es decir: es absolutamente falible porque si bien es cierto que la certificación contable da un cierto respaldo, lo mismo con llevar la contabilidad y los libros de manera apropiada, nada impide que haya sido alteradas por el deudor y esto no surgirá porque no existe una instancia probatoria durante la homologación. Aquel acreedor que quiera probar algún supuesto de fraude, deberá ir por la vía incidental correspondiente.

Para resumir: el deudor puede presentar acreedores que no son tales, para alcanzar el porcentaje necesario para que el acuerdo pueda ser homologado y finalmente sea obligatorio para todos los acreedores con crédito y causa anterior, hayan prestado la conformidad o no con el APE, hayan firmado o no.

Un claro ejemplo de lo que puede suceder respecto de los acreedores espurios fue el caso de Buenos Aires Tur SRL, el cual tuvo la homologación del APE pero debido a la acción promovida por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se identificaron irregularidades en el trámite por el que obtuvo la homologación judicial del APE toda vez que la empresa deudora recurrió a créditos ficticios para alcanzar las mayorías necesarias y así perjudicar a los verdaderos acreedores<sup>2</sup>. La acción resultó favorable a lo planteado por la Fiscalía y se declaró la nulidad de la sentencia homologatoria del acuerdo preventivo extrajudicial.

En cuanto a la libertad de contenido es otra cuestión polémica porque la ley no explica a que se refiere con ellos, sino que queda en manos de la interpretación que se haga del artículo 71. Lo mismo sucede con todo el articulado referido al tema, existen muchas lagunas que dependen de la jurisprudencia y la doctrina para ser subsanada.

Una cuestión fundamental a tener en cuenta es que el deudor mantiene el control absoluto de la empresa, es decir continúa administrándola sin ningún tipo de supervisión que por un lado, facilita la continuación de la gestión corriente de la empresa pero por otro lado, cabe recordar que esa administración es la que llevó al deudor en el estado en que está y nuevamente, al no ser controlada por terceros, no existe cer-

---

<sup>2</sup> *Ministerio Público c/ Buenos Aires Tur TUR S.R.L. s/ Otros - Acuerdo preventivo extrajudicial s/ Incidente de nulidad promovido por Ministerio Público.*

teza respecto de la administración se realice de forma adecuada y pueda solventar lo pactado.

Si bien es cierto que una vez homologado el APE tiene los mismos efectos que el concurso preventivo, es decir que en caso de incumplimiento se puede decretar la quiebra a pedido de parte, pero me pregunto si es eso suficiente.

Ahora bien, traeré a colación un fallo muy representativo de lo que intento graficar en el presente que es lo que sucedió con el APE presentado por Multicanal. La empresa se presentó al juez sin haber obtenido la mayoría de consentimientos requeridos y le solicitó convoque una asamblea de tenedores de las obligaciones negociables por ella emitida, con la finalidad de proponerles la aprobación o rechazo de su propuesta de reestructuración. A este proceso previo se lo bautizó "Pre-APE" que no se encuentra previsto en la Ley y constituye una creación jurisprudencial de un procedimiento previo a la homologación del APE propiamente dicho.<sup>3</sup>

Se presentaron oposiciones que no fueron aceptadas por el juzgado de primera instancia, quien homologó el acuerdo, sentencia que fue apelada. La Cámara rechazó los recursos y ratificó la homologación del APE.

Muchos autores plantean que para poder homologar el APE se debe cumplir con los requisitos del artículo 72 en una única instancia, que no existe prórroga ni nada similar como sucede en el concurso. Pero ya ven, en ciertas ocasiones se realizan creaciones a la medida de cada uno.

## **CONCLUSIÓN:**

En atención a lo expuesto, el APE bien utilizado puede salvar a un deudor de comenzar con alguno de los procesos más duros de afrontar para una sociedad que son el concurso y la quiebra, porque puede llevar a la disolución y liquidación de la misma.

También es real que en algunas circunstancias puede ser mucho más beneficiosa ésta vía que un concurso preventivo, no solo porque es un procedimiento mucho más económico en dinero y tiempo, sino porque sabemos que a nivel financiero, sobre todo si hablamos de préstamos, el concurso trae otras consecuencias más gravosas.

Más existen sin dudas aquellas empresas poderosas que utilizan el APE y su estricta regulación a su medida, para tener una financiación barata a costa de sus acreedores.

---

<sup>3</sup> <https://www.marval.com/publicacion/fallo-de-camara-en-relacion-a-los-apes-5091>

## LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE Y LA NECESIDAD DE PROCEDIMIENTOS SIMPLES Y ADECUADOS PARA SU TRATAMIENTO.

**Dra. Celina Pavese.**

Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón

---

### PONENCIA

**Necesidad de crear dentro del marco concursal procedimientos simples y adecuados para tratar la insolvencia del consumidor sobreendeudado o hipervulnerable.**

---

### BREVE RESEÑA DEL CASO:

Un docente de una escuela de la Ciudad de Resistencia (Chaco) solicitó su declaración de quiebra<sup>1</sup>, expresando que era un sujeto comprendido en el art. 2 de la L.C.Q. y que se encontraba en estado de cesación de pagos desde el mes de abril de 2020. Su petición consistió -además de medidas cautelares -la inmediata suspensión de los descuentos de su recibo de haberes que el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología efectuaba mensualmente, y la suspensión de los débitos en sus cuentas bancarias hasta tanto los acreedores verificaran sus créditos. También solicitó, que en atención a su carácter de empleado público, las sumas embargadas no excedieran del 20% del importe mensual, no pudiendo existir embargos paralelos. En la petición manifestó que los primeros mutuos fueron para poder ayudar a su madre con arreglos en su casa y luego para soportar los gastos cotidianos que no llegaba a cubrir con su sueldo expresando que llegó un momento en que el cúmulo de obligaciones hizo que su sueldo se viera cada vez más reducido y con ello su capacidad de pago y subsistencia. Agregó que a medida que iba cayendo en los incumplimientos, los mismos se veían reflejados en el VERAZ, por lo que las distintas entidades crediticias que fueron prestando dinero habían actuado con conocimiento de encontrarse en estado de necesidad. También declaró que a principios del año 2022, perdió uno de sus

---

<sup>1</sup>F. G. D. *s/ pedido de quiebra. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Corrientes N° 9. Fecha: 11 de marzo del 2022.*

trabajos, y eso derivó en problemas de salud, que lo llevó a recurrir a un psiquiatra y a un gastroenterólogo e informó que su salario que ascendía a la suma bruta de \$58.506,20, una vez operados todos los descuentos (cargas sociales, cuotas de créditos, cuotas de socio de mutuales y cooperativas, etc), sólo le quedaba por percibir la suma neta de \$ 38.578,99.- y que luego, dicho importe era afectado por múltiples débitos automáticos, por lo que sólo podía retirar por cajero la suma de \$17.248,98.- para poder subsistir. Indicó también, que las sumas mensuales de la totalidad de las cuotas de los préstamos que debía afrontar ascendían a \$30.000.- Asimismo expresó que no poseía bienes inmuebles ni muebles registrables, y que alquilaba el inmueble donde habitaba. Manifestó que su pasivo ascendía a la suma de \$500.000 y que poseía solo un juicio en su contra caratulado “Deampro S.R.L. c/ F. G. s/ Ejecutivo”.

La jueza acreditó que su salario de fecha de enero de 2022 ascendía a la suma bruta de \$65.286,23.- y que tampoco superaba el tope de dos salario mínimos (\$66.000.-) y tras haber analizado la situación, entendió que se trataba del caso de un consumidor hipervulnerable e hizo lugar a la petición y declaró la quiebra en los términos y a los efectos que prescribe el art.288 de la ley concursal.

Este caso es una muestra de una situación creciente en nuestro país en relación a los consumidores sobreendeudados o hipervulnerables en el cual se ha puesto de relieve la conveniencia de resolver por vía de la quiebra la urgente necesidad del asalariado que ha tomado créditos con descuento de haberes y ve consumidos todos sus ingresos, por lo que aspira a través de la quiebra a “limpiar su sueldo” (“Startfresh”) como se tiene dicho.<sup>2</sup>

## ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

Hay varias cuestiones para analizar en torno a este tema en el que la cesación de pagos pone de manifiesto una amenaza a la propia subsistencia del sujeto tal como indica el relato del fallido del caso en cuestión “cuyo salario es objeto de descuentos y que arroja un remanente inferior al salario mínimo vital y móvil”.

A propósito de este punto, un trabajo del Dr. Junyent Bas<sup>3</sup> intenta perfilar y visi-

---

<sup>2</sup>PEREYRA, Alicia: “La petición de propia quiebra como mecanismo para obtener la «limpieza del sueldo», Instituciones y principios concursales.” Congreso de derecho concursal 2021. Bahía Blanca, E BookT° I. Ediciones DyD.

<sup>3</sup>Junyent Bas, Francisco en colaboración. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO; <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/consumidores-hipervulnerables.pdf>

bilizar los alcances de la categoría «consumidores hipervulnerables» como sujetos de especial protección por el Derecho del Consumidor, partiendo de la premisa de que todos los consumidores son estructuralmente vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, circunstancia que tiene lugar por los embates de la «sociedad de consumo». Sin embargo, a través del tamiz de determinados criterios objetivos, examinamos ciertas situaciones en las que algunos consumidores son más vulnerables que otros. Es decir que a la vulnerabilidad estructural en la que se inscriben los consumidores en el mercado, muchas veces se puede sumar otra «capa» de vulnerabilidad, vinculada a su edad, situación de discapacidad, de género, socioeconómica o cultural o bien, a otras circunstancias permanentes o transitorias, que amplían su grado de indefensión.

Si bien es cierto y tal como lo señala la Dra. Pereyra en todos los casos los créditos fueron tomados voluntariamente, “en muchos casos se trata de una situación humana que lleva la supervivencia del sujeto al límite; por lo cual el Derecho Concursal y los tratados internacionales sobre derechos humanos hacen que no pueden soslayar el problema.”

## **CAUSAS DE LA HIPERVULNERABILIDAD**

Podemos apreciar como factores que inciden en la hipervulnerabilidad: a) Las políticas públicas que alientan el consumo como medio expansivo de la economía; b) los operadores financieros con enorme capacidad de captación y sometimiento quienes realizan una concesión abusiva del crédito sin miramientos sobre la capacidad y sustentabilidad económica del deudor que han generado un fenómeno de grandes proporciones que en muchos casos pone en crisis el sistema judicial.

## **CLASES DE SOBREENDEUDAMIENTO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL.**

Otro punto a analizar consiste en la distinción entre el sobreendeudamiento activo y el sobreendeudamiento pasivo. El primero es aquél en que se ha ingresado a través de voluntarias adquisiciones de bienes de consumo sin atender a la capacidad de pago, o en otros términos, a través de obligaciones contraídas por el previo uso imprudente del crédito disponible. Mientras, que el segundo se caracteriza porque la imposibilidad de afrontar regular y simultáneamente las obligaciones ya contraídas y las necesidades cotidianas y que tiene al menos como concausa a hechos o acontecimientos imprevisibles o que, previstos, no han podido evitarse -por ej., pérdida del

empleo, enfermedad, invalidez o muerte, divorcio, etc. Es en este último caso donde la aplicación del derecho concursal se hace necesaria, pero debemos reconocer que esta diferenciación es más fácil de conceptualizar que de distinguir en los hechos, debido a que la comprobación específica del extremo del sobreendeudamiento activo suele resultar de difícil ponderación ab initio, y, en consecuencia, a los fines de decidir la procedencia de la apertura de los procedimientos concursales -es decir- al momento de evaluar la presentación del pedido de la propia quiebra. Cabe considerar que las quiebras directas voluntarias, plantean inconvenientes prácticos y en algunos casos, la jurisprudencia basándose en que la quiebra es un procedimiento liquidativo de los bienes del fallido orientado al pago ordenado a sus acreedores, estima improcedente su declaración en ausencia de bienes a liquidar.

También, en la jurisprudencia en algunos casos como el analizado interpreta la antifuncionalidad del ejercicio del derecho a pedir la propia quiebra (art. 10 CCyCom) o el abuso o desnaturalización del proceso falencial, cuando existe la conjunción de ausencia de activos con otros elementos. De modo tal que desde esta perspectiva, se entiende que existe insolvencia, pero que la solución liquidativa solicitada representa un abuso frente al derecho de los acreedores.<sup>4</sup>

Entendemos que la interpretación restrictiva de la institución del abuso del derecho exige reconocer la dificultad para dirimir ante la clase de sobreendeudamiento que presenta el deudor, pero de llegarse al convencimiento que debe rechazarse su pedido el juzgador debe basarse en que el accionar preferencial del peticionante pueda interpretarse conceptualmente como propio de un sobreendeudamiento activo.

## PROPUESTAS

Otro punto para analizar radica en la escasa regulación que la actual ley concursal ofrece sobre lo que ha dado en llamarse el pequeño concurso. Es por ello que la doctrina -a lo largo del tiempo- propuso varias soluciones como por ejemplo la de una instancia administrativa o la de instaurar la mediación como forma de resolver el pequeño concurso de manera económica y eficaz, pero que -a decir verdad- no fueron tomadas en cuenta por el legislador en su momento.

---

<sup>4</sup>Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, 07.09.2007, "Gerlo, Rolando Antonio", con nota de Micelli, María Indiana, "Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria", LL Litoral 2007, 1235 - LLO AR/JUR/6008/2007; y sala III, 23/10/2013, "Chebli, Isabel s/ propia quiebra". LL Litoral 2014 -febrero-, 102 - LL Litoral 2014 -marzo-, Página 10/19145 - LLO AR/JUR/70477/2013

Actualmente, en el Congreso Concursal del año 2021 desarrollado en Bahía Blanca aparecieron nuevos aportes doctrinales, como por ejemplo la ponencia que expresó que el problema de la insolvencia de la persona humana sin actividad económica debería resolverse en forma rápida, con el menor costo posible y en el ámbito administrativo extrajudicial, utilizando la mediación como herramienta de solución para este tipo de conflictos, pero sin dejar de señalar que también dicho procedimiento debería desarrollarse con la debida atención de los principios y directivas del Derecho Concursal, en interacción con el derecho de defensa del consumidor.<sup>5</sup>

## CONCLUSIÓN

En sintonía con lo expuesto anteriormente, resulta acertada la decisión judicial que comentamos, en cuanto admite el pedido de propia quiebra formulado por un consumidor hipervulnerable o sobreendeudado, en los términos y a los efectos que prescribe el art.288 de la ley concursal. En atención a que todavía no se han brindado los instrumentos jurídicos para perfilar más adecuadamente al deudor hipervulnerable, ni los procedimientos más idóneos y acertados para la resolución de su crisis patrimonial. Es por ello que ante la situación descripta nos encontramos ante la necesidad de crear dentro del marco concursal, procedimientos simples y más adecuados para tratar la insolvencia del consumidor sobreendeudado o hipervulnerable, tal como el caso de marras, porque se trata de un fenómeno muy difundido que requiere una solución inmediata debido a que los arts. 288 y 289 de la ley vigente no aportan una solución adecuada a la cuestión comentada.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup>Graziabile-Ramos: *Mediación. Una herramienta extrajudicial alternativa para la insolvencia de la persona humana sin actividad económica*; E Book citado T II

<sup>6</sup> VAISER, Lidia: "El pequeño concurso y el concurso del consumidor" MJ MJ-DOC-5679- 9-2-2012

## DESENMASCARAR LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO OTRO MODO DE EVITAR EL ABUSO

**Dra. Sandra Marcela Di Mecola**

Colegio de Abogados de San Isidro – Instituto de Derecho Concursal

---

### **PONENCIA.**

**La exclusión del voto hostil. La violencia de género en un proceso concursal puede ser fundamento para excluir el voto del acreedor violento que rechaza la propuesta.**

**A propósito del fallo, “GALLI BASUALDO, MARIANA LAURA s/CONCURSO PREVENTIVO” EXPEDIENTE COM N° 6128/2020, Fallo Sala F, 14.3.2023, traemos las siguientes apostillas.**

---

### **Reseña de los hechos:**

Una abogada se presenta en concurso preventivo al no poder hacer frente a sus obligaciones; entre ellas, los honorarios del abogado que la patrocinara en los juicios de familia que tramitara. Señala la hostilidad de este acreedor desde el inicio de la causa. Pide exclusión de su voto por hostil lo que se rechaza en primera instancia revocándose tal sentencia en la Cámara, haciéndose lugar a la exclusión.

### **LAS PRIMERAS MUESTRAS DE HOSTILIDAD:**

- Tras la apertura, el letrado aludido solicitó el rechazo de este concurso sosteniendo que no llegaría jamás a las mayorías de ley (califica el concurso preventivo como “aventura procesal”). Así se manifestaba: *“este concurso – lo digo desde ya-, pasa a no tener “ni pies ni cabeza”*. De continuarse esta verdadera “aventura procesal”, *“no llegará – jamás – a las mayorías de ley”*.
- Rechazó la propuesta efectuada habiendo señalado: *“Este concurso no tiene razón de ser y así lo pusimos de relieve en nuestra primera presentación ...”*; *“Y*

más allá del fracaso de los mismos (ver queja n° 1), los hechos nos están dando la razón ...”; “... todo el asunto se podría arreglar si la Sra. Galli Basualdo **entendiera que puede cancelar todos sus pasivos y que tiene que vender su inmueble para adquirir uno más pequeño y con la diferencia honrar sus deudas**”; “Nadie quiere que la Sra. Galli Basualdo quede “en la calle” ...Y el concurso, ... **no le dio y no le dará la solución que esperaba**”. [resaltado y subrayado son propios]

- Las muestras de hostilidad también fueron vía correo electrónico: “Obsérvese el tenor de éstos: “*Resulta verdaderamente peculiar el modo catártico que has adoptado para **canalizar tus emociones**, o cuanto menos para **ocupar tu holgado tiempo ocioso**, digno de un profundo análisis de resultados previsibles y de consecuencias inciertas. Es allí donde se centra el verdadero flagelo para quienes te rodean en la actualidad” (Sábado 19 de septiembre del 2015; 13:15 hs.); “Cuanto en más bocas de gente me pongas, más grande será la indemnización que tendrás que pagar. A punto de que esa gente ni siquiera querrá poner un mendrugo de pan **en tu desbocada y desafortunada boca**” (Sábado 19 de septiembre del 2015; 15:02 hs.)”*

## ¿QUÉ LUGAR SE LE DIO A ESTAS MUESTRAS EN PRIMERA INSTANCIA?

En Primera Instancia se dijo: “*El concurso preventivo no es el ámbito más apropiado para probar la violencia alegada. El marco de este proceso no deja margen para la acreditación de tales extremos que requieren necesariamente de un debate probatorio más extenso*”

## ¿POR QUÉ PASÓ INAVDERTIDA LA VIOLENCIA PARA EL PRIMER SENTENCIANTE O POR QUÉ PUDO SER INDIFERENTE?

A veces, las conductas violentas, aparecen “disfrazadas”. Por eso resultan imperceptibles y pueden confundir maliciosamente al sentenciante.

El acreedor, a lo largo de sus dichos, no hizo más que decirle a su ex clienta, también abogada, devenida en deudora concursada, **qué es lo que tenía que hacer**. Evidencia que, desde su mirada, ella solo tenía que seguir su “*dictum*”, es decir, vender la casa y pagar. Como si fuera lo único válido. Muestra claramente que **él es el que sabe**. Ya sabe, por ejemplo, que el concurso preventivo no le sirve: “no le dio ni le dará la solución”. Se coloca en un nivel distinto y superior, mostrando una asimetría de poder. Sube más el tono con sus correos electrónicos, donde hasta resulta intimidatorio, además de deslizar en tono despectivo notas clásicas atribuidas al género

como “canalizar tus emociones”, “ocupar tu holgado tiempo ocioso”, “tu desbocada y desafortunada boca”. Hasta se permite todo esto en correos de sábado a las 13 horas, casi destinados a amargar cualquier encuentro familiar o el descanso. **Todo esto lo hace cuando ya ni siquiera es su abogado.** Lo pone en blanco y negro y hasta lo firma.

Quizás debemos estar más alertas sobre una forma de violencia mucho más encubierta. Así, en razón de haberse detectado esas formas de dominación “suave” o de “baja intensidad”, se han acuñado varios términos para detectarlas y distinguir las, como “*mansplaining*”, “*maninterrupting*”<sup>i</sup> o “*bropropriating*”<sup>ii</sup>. Precisamente la primera es la que se advierte en sus escritos judiciales.

“**Mansplaining**” refiere a la tendencia de los varones a explicarles cosas a las mujeres sin que lo requieran o necesiten, de manera paternalista y condescendiente, aun sobre temas de los que las mujeres saben más o hasta sobre experiencias que sólo ellas viven en carne propia.

Un psicólogo argentino<sup>iii</sup> propuso el término “micromachismos” que definió como “*comportamientos de control y dominio de baja intensidad, naturalizados, legitimados e invisibilizados que ejecutan impunemente con o sin consciencia de ello. Son obstáculos y también resistencias para la igualdad de género*”. Estos pueden llegar a constituir formas sutiles de violencia. Estas conductas perpetúan las desigualdades, afianzan los estereotipos de género y pretenden sostener la dominación masculina. Según el experto, son “maniobras y estrategias que, sin ser muy notables, restringen y violentan insidiosamente el poder personal, la autonomía y el equilibrio psíquico de las mujeres, atentando además contra la democratización de las relaciones”. Al mismo tiempo, “dada su invisibilidad, se ejercen generalmente con total impunidad”. Lo ilustró con algunos ejemplos, como tomar decisiones sin consultar a las mujeres involucradas, apropiarse de espacios comunes, opinar sin que se lo pidan o “monopolizar” la palabra, entre muchos otros<sup>iv</sup>

Se trata de conductas sutiles y naturalizadas, que forman parte de la cotidianidad, que son difíciles de visualizar, que tienden a pasar inadvertidas, cuentan con cierto grado de aceptación y muy poca condena social pero que pueden configurar violencia y afectar el desarrollo, la autoestima y la salud emocional de las mujeres.

Esta máscara fue eficaz en Primera Instancia... porque estuvo presente a lo largo del proceso....

## ¿CÓMO LO PUDO RESOLVER EL SUPERIOR?

Primeramente, reconoce que la participación de los acreedores dentro del proceso universal adquiere su **punto más relevante cuando éstos prestan, o no, su conformidad con la propuesta** de pago que les ofrece el concursado; que la ley concursal **procura la intervención de todos los acreedores** verificados y declarados admisibles, **excluyendo del cómputo a aquellas personas respecto de las cuales se presume cuentan con especial interés en favorecer al deudor.**

En segundo lugar, sobre si el elenco del art. 45 es **taxativo o enunciativo**, aclara que no establece apriorísticamente principios formularios rígidos sino **decide cada caso concreto** a la luz de los elementos **probatorios** adunados y que **correlaciona dicha regla con otras normas del ordenamiento jurídico**, dentro o fuera del propio régimen concursal.

Pasa, en tercer lugar, a destacar la **obligatoriedad de utilizar la perspectiva de género** en el análisis de cada caso que surge del mandato constitucional al que se obligó el Estado Argentino, en todos sus estamentos, incluidos quienes pertenecen al Poder Judicial.

Y pasa a resolver entendiendo:

que la **negativa cerril** del ex letrado de la concursada trasluce -cuanto menos- una **actitud abusiva** de su parte, que no merece respaldo jurisdiccional (arg. art. 10 CCyC.).

- que resulta **antojadiza y abusiva** la **pretensión del acreedor de ver cancelada su obligación tal como si la concursada se encontrara *in bonis***, ya que ello importaría tanto como desconocer la finalidad propia del trámite de reestructuración de pasivos, el cual supone un sacrificio igualitario por parte de los acreedores concurrentes, sobre todo cuando **el único activo que posee la concursada lo constituye un inmueble en el que habita con sus hijos menores** de edad, que en un escenario eventual de quiebra, sería dudosa la procedencia de la venta de tal inmueble y, por ende, de las posibilidades de cobro de las acreencias. Es que no es absoluta la posibilidad de enajenar el inmueble asiento del hogar donde habitan personas en situación de vulnerabilidad -vgr. menores de edad-.
- El crédito en cuestión ha sido declarado admisible y se encuentra en trámite de revisión, por lo que ese derecho está sujeto o condicionado en cuanto a su perdurabilidad a un hecho futuro e incierto que es la eventual desestimación de la demanda de nulidad promovida en su contra por la concursada. Tal circunstancia

tiene incidencia a la hora de decidir, por cuanto esa acreencia está sujeta a una condición resolutoria (arts. 343, 347 y 348 CCyC). Máxime, ponderando que en sede civil se declaró nulo de nulidad absoluta el instrumento base del crédito, aun cuando no está firme.

- En la tensión de estos derechos, esto es, el del acreedor **formal** a su cobro íntegro y el de la deudora a sanear su estado de cesación de pagos, ésta última tiene mayor incidencia en el marco planteado en la medida que el derecho al voto en el ámbito concursal no es absoluto, existiendo casos en que puede ser ejercido en forma abusiva.
- No existen derechos absolutos capaces de evadir el control judicial de la regularidad o funcionalidad de su ejercicio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que la Constitución Nacional no reconoce derechos absolutos (Fallos 199:466 y 483; 200:450, entre muchos otros). De allí que debe necesariamente concluirse que el derecho de voto resulta alcanzado por este principio.
- Tanto en el supuesto de “acreedores complacientes” como en el de “acreedores hostiles”, se trata de titulares de acreencias reconocidas en el concurso que no ejercerán su derecho de voto regularmente, de modo libre e independiente (en un caso, con el objeto de favorecer al deudor; y en el otro, con la intención de perjudicarlo). En ambos casos no es el recupero del crédito el objetivo que preside la decisión del acreedor.

### ¿DÓNDE DETECTÓ LA ABUSIVIDAD DEL ACREEDOR?

- Se opuso a cualquier propuesta desde el inicio, aún sin conocer cuál sería ésta.
- Los mails enviados por el acreedor a la concursada resultan ciertamente impropios de una comunicación entre clienta y abogado. Y, antes bien, tienen un contenido implícito y explícito de agresión, represalia y odio (ampliación de fundamentos Dra. Tévez)
- Obrar expresiones del acreedor que dejan entrever claramente el desprecio y la desconsideración hacia la concursada en la contestación de demanda de nulidad de trámite en sede civil (ampliación de fundamentos Dra. Tévez)
- Resulta incomprensible la actitud del -por ahora- acreedor que insiste en rechazar la propuesta de acuerdo, sin tener en cuenta la existencia de una sentencia desfavorable en sede civil que declaró nula de nulidad absoluta la causa de su

acreencia. Incluso, su postura no solo es irrazonable y exhibe hostilidad, sino que también es, llamativamente, contraria a sus propios intereses. (ampliación de fundamentos Dra. Tévez)

- Así como el juez del concurso preventivo no puede homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, tampoco procede admitir que el proceso concursal resulte frustrado por el accionar de quienes esgrimen conductas que contraríen la razón de ser y los principios fundamentales que presiden el sistema (ampliación de fundamentos Dra. Tévez)
- No se atenta así contra la libertad de voto, sino que se reprime un abuso de esa libertad (ampliación de fundamentos Dra. Tévez)

### **NUESTRA MIRADA:**

La violencia que se traslucía a lo largo del proceso en cada escrito judicial y en cada pieza que fuera agregada probaba ampliamente que se iba abusar o ya se estaba abusando del derecho a conformar o rechazar la propuesta. Lo anticipó la deudora en el escrito inaugural. Se constató en cada etapa del proceso. Sentenciar con perspectiva de género en tiempos en que se deslegitima socialmente la violencia, impone poner especial atención a las trampas y tretas con que la disfrazan, de modo de evitar que el ejercicio abusivo de los derechos prive a los sujetos de la solución concursal.

---

<sup>i)</sup> *práctica masculina de interrumpir de forma innecesaria el discurso de una mujer en repetidas ocasiones. Texto extraído de <https://modii.org/maninterrupting/>*

<sup>ii)</sup> *práctica a través de la cual los hombres se apropian de inventos, ideas o propuestas de mujeres y se llevan el rédito.*

<sup>iii)</sup> *Luis Bonino. Revista Las Cibeles Nro.2 , 2004, del Ayuntamiento de Madrid, Los Micromachismos.*

<sup>iv)</sup> *Mansplaining y otros micromachismos que perpetúan las desigualdades de género Diario Digital Femenino, 22 de julio de 2022, Santa Rosa La Pampa*

## RECHAZOS IN LÍMINE PREMATUROS DE LOS PEDIDOS DE QUIEBRA DISÍMILES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE SAN ISIDRO

**Dra. Patricia Andrea Servidio**

Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de San Isidro

---

### PONENCIA

Es menester e imperioso que se cumpla el régimen legal previsto en la ley de concursos y quiebras, a los fines de decretar la quiebra de los deudores que se encuentran en cesación de pagos, y evitar afianzar criterios jurisprudenciales que exigen requisitos no previstos en la ley concursal. En este orden de ideas, las Salas de la Excma. Cámara Dptal. deben entender en los recursos de apelación de las resoluciones que rechazan in límine y de manera prematura los pedidos de quiebra (o en los recursos de queja por apelación denegada), interpuestos por los acreedores con derecho a solicitar la quiebra del deudor, a fin de evitar que queden firmes resoluciones en las que se advierte un apartamiento evidente de las normas fijadas por la ley concursal.

---

**Régimen Legal: Requisitos exigidos por la Ley 24.522:** De acuerdo a lo previsto en el art. 83 LCQ, el acreedor peticionante de la quiebra debe probar sumariamente lo siguiente:

1. **El crédito:** O sea, que es acreedor de la persona cuya quiebra pide, y tiene un crédito líquido y exigible, debiendo acompañar toda la documentación que así lo acredite. Este es un presupuesto de legitimación activa
2. **Algún hecho revelador del estado de cesación de pagos:** Este sería el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra, y por ende, el acreedor peticionante de la quiebra deberá acreditar algún hecho que exteriorice el estado de cesación de pagos del deudor

- 3. Que el deudor está comprendido en el art. 2º LCQ:** Es decir, que se le solicita la quiebra a una persona física o jurídica susceptible de ser declarada en quiebra, y que no está exceptuada por alguna ley especial (presupuesto subjetivo).

En este orden de ideas, el art. 78 LCQ establece que el estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera seas el carácter de ellas y las causas que lo generen. **“No es necesaria la pluralidad de acreedores”**.

La inexigibilidad de pluralidad de acreedores importa admitir la quiebra con acreedor único, lo que se compadece con lo previsto también en el artículo siguiente de la ley.

El art. 79 LCQ hace una enumeración ejemplificativa de los hechos reveladores de la cesación de pagos, y uno de ellos puede ser la **“mora en el cumplimiento de una obligación”**.

**Facultades del juez en esta etapa preliminar del pedido de quiebra:** El segundo párrafo del art. 83 LCQ establece las facultades que tiene el juez para disponer de oficio las medidas sumarias que estime pertinentes, a los fines de determinar si se cumplen estos tres requisitos de admisibilidad del pedido de quiebra.

Así es, que si el juez tiene dudas respecto de la existencia o legitimidad o exigibilidad del crédito del acreedor peticionante de la quiebra, podrá pedir la remisión, por ejemplo, del expediente en el que se dictó la sentencia.

En caso, que tengas dudas respecto a la existencia del estado de cesación de pagos del deudor, el juez podrá disponer otras medidas preliminares, en atención a las particulares circunstancias del caso.

Y si la deudora se trata de una sociedad, el juez podrá ordenar los oficios de estilo, a fin de determinar si la misma se encuentra registrada, quienes son sus socios ilimitadamente responsables, domicilio social, y otros datos societarios de relevancia.

### **¿Qué pasa con los pedidos de quiebra en el Departamento Judicial de San Isidro?**

Lamentablemente en nuestro Departamento Judicial muchos pedidos de quiebra son rechazados in límine en primera instancia, como primera intervención y decisión jurisdiccional.

El juez no hace ejercicio de las facultades que le otorga el art. 83 LCQ, y lisa y llanamente rechaza in límine la demanda de pedido de quiebra.

Al tratarse de un primer despacho, no se oye al deudor, ya que no se llega a la instancia procesal de ordenar su citación en los términos del art. 84 LCQ.

La paradoja es que estas resoluciones de rechazo in límine exigen muchos requisitos no previstos en la ley 24.522, y sin embargo, no se le otorga al acreedor peticionante plazo ni oportunidad para dar cumplimiento a las exigencias del juzgado, dándose así por terminado el proceso.

Atento el gran número de pedidos de quiebra que son rechazados in límine en nuestro Dpto. Judicial, es aconsejable que en la demanda de pedido de quiebra, además de acreditar la mora en el cumplimiento de la obligación que sustenta el pedido de quiebra, se acompañen otros elementos (dato de otros juicios contra el deudor, informe del BCRA, informes crediticios, etc.), que acrediten que el deudor también ha incumplido otras obligaciones a su cargo.

### **¿Qué sucede en la Alzada con estos pedidos de quiebra rechazados?**

No hay muchos antecedentes en las Salas del Dpto. Judicial de San Isidro sobre este tema, porque se hace una estricta aplicación de la regla procesal de inapelabilidad del art. 273, inc. 3 LCQ, alegando que no existe norma expresa que prevea la apelación de la resolución que rechaza in límine el pedido de quiebra.

Es así, que en la práctica tribunalicia, cuando se apela la resolución que rechaza in límine el pedido de quiebra, o bien, el juez de primera instancia no concede el recurso de apelación, o bien, la Cámara rechaza el recurso de queja por apelación denegada, según sea el caso.

Sin embargo, la jurisprudencia y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires fueron estableciendo excepciones al principio de inapelabilidad, y sostuvieron que la finalidad perseguida por la norma es evitar dilaciones y apelaciones que entorpezcan el trámite concursal, y que son los valores de “celeridad” y “rapidez del proceso” los que inspiran la consagración de la regla general de inapelabilidad de las decisiones adoptadas en estos procesos.

Pero también se ha dicho, que si no hay un concurso abierto (dígase con resolución de apertura del concurso) o una quiebra abierta, que se inicia con la declaración de falencia, este rígido principio de inapelabilidad pierde trascendencia.

En este orden de ideas, la SCJPBA ha abierto instancias recursivas cuando

pierde trascendencia tutelar la rapidez y celeridad del procedimiento (conf. Ac. 106.382, resol. Del 27-VI-2012; C. 117.006, resol. Del 17-IV-2013, entre otras), máxime cuando las decisiones sometidas a revisión resultan susceptibles de causar un gravamen de difícil o imposible reparación ulterior (conf. Ac. 80.146, resol. Del 3-XII-2003; C. 92.499, resol. Del 5-VIII-2009; C. 110.821, resol. Del 26-X-2010, entre otras).

Es así, que la jurisprudencia ha ido flexibilizando la regla procesal de inapelabilidad en materia concursal, cuando ni el concurso ni la quiebra están abiertos (no hay celeridad que tutelar), y hay fines superiores que tutelar: defensa en juicio, acceso a la jurisdicción, derecho de propiedad, etc.

Y también en los supuestos especiales en que corresponda dar una interpretación definitiva sobre el alcance de los textos legales en la materia o cuando se advierta una apartamiento evidente de las normas fijadas por la ley sustancial.

### **Fallo “Pantronic SRL s/Quiebra (Pequeña)”, Sala III, del día 24-4-19**

De las 3 Salas de la Excma. Cámara Dptal. De San Isidro, hay un antecedente jurisprudencial dictado en la Sala III, en los autos caratulados “Pantronic SRL s/Quiebra (Pequeña)”.

En este caso, el juez de primera instancia había omitido evaluar el informe del BCRA, que daba cuenta de la situación de la deudora, que registraba 83 cheques rechazados de tres entidades bancarias distintas.

El acreedor peticionante de la quiebra se agravió, porque 44 cheques habían sido abonados por la sociedad deudora, y entendió que se había configurado prima facie una violación al principio de la *par conditio creditorum*.

Asimismo, el acreedor apelante también se agravió, al entender que **“El rechazo in limine debe ejercerse con suma prudencia, en tanto la desestimatoria oficiosa puede cercenar el derecho a la acción, por lo que debe limitarse a los supuestos en los que la inadmisibilidad de la pretensión aparezca en forma manifiesta”**.

La Sala III sostuvo en este fallo varios conceptos jurídicos importantes, a mi entender, a los fines de echar luz al tema planteado en esta ponencia:

- **“De modo que el peticionante debe demostrar los hechos reveladores de la cesación de pagos, es decir las circunstancias que exteriorizan una eventual situación patrimonial en virtud de lo cual el deudor se encuentra imposibilitado de hacer frente a las obligaciones exigibles recurriendo a medios genuinos de crédito”**.

- Sin embargo, **“no es carga del acreedor demostrar la efectiva existencia de ese estado patrimonial, que por otra parte debe ser generalizado y permanente, prueba ésta que se encontraría imposibilitado o muy dificultado de cumplimentar en el marco legal vigente (conf. arts. 78, 79, 80, 83, 84 LCQ)”**
- **“En este sentido, el art. 79 inc. 2º de la LCQ señala como uno de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos la mora del deudor en el cumplimiento de una obligación”.**
- **“Esta circunstancia – existencia de nueve cheques rechazados- autoriza a presumir la cesación de pagos del librador (art. 79 inc. 2º LCQ)”**
- **“Así, según el sistema previsto por la LCQ, acreditada prima facie por el acreedor la existencia de un crédito líquido y exigible –tal el caso de autos- y la presencia, tan siquiera, de un hecho revelador de la cesación de pagos (mora en el cumplimiento de una obligación –art. 79 inc. 2º LCQ-), las exigencias legales a su cargo deben considerarse cumplidas, correspondiendo a la deudora dar las explicaciones y producir las pruebas (art. 84 LCQ)”**
- **“Con respecto a la acreditación de un estado general de insolvencia patrimonial, cabe señalar que, sin perjuicio de que del texto del art. 78 de la LCQ se extrae expresamente que no es necesaria la pluralidad de acreedores para decretar la quiebra, admitiéndose en consecuencia la falencia con acreedor único”**
- **“Consecuentemente, el rechazo in limine del pedido de quiebra formulado por Carmain SRL resultó prematuro, toda vez que los documentos acompañados resultan potencialmente aptos – en este estado del proceso- para justificar la existencia y exigibilidad del crédito, así como para generar una presunción de que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos”**

### **Conclusión:**

Es menester e imperioso que se cumpla el régimen legal previsto en la ley de concursos y quiebras, a los fines de decretar la quiebra de los deudores que se encuentran en cesación de pagos, y evitar afianzar criterios jurisprudenciales que exigen requisitos no previstos en la ley concursal. En este orden de ideas, las Salas de la Excma. Cámara Dptal. deben entender en los recursos de apelación de las resoluciones que rechazan in limine y de manera prematura los pedidos de quiebra (o en los recursos de queja por apelación denegada), interpuestos por los acreedores con derecho a solicitar la quiebra del deudor, a fin de evitar que queden firmes resoluciones en las que se advierte un apartamiento evidente de las normas fijadas por la ley concursal.