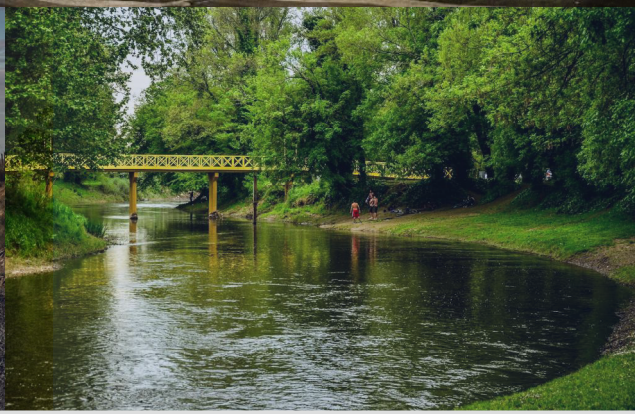
Colegio de Abogados
Departamento Judicial de Azul

LXXII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE AZUL



GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

ediciones dyd
innovación jurídica

¡HAGA CLICK AQUÍ PARA REPRODUCIR EL VIDEO!

Dr. Bruno Santi Táccari

Director del Instituto de Derecho Comercial de Azul

dyd

eBooks

Nuevos libros, Nuevos conocimientos.

¡HAGA CLICK AQUÍ
PARA ACCEDER A NUESTRO FONDO EDITORIAL
EN LA *TIENDA VIRTUAL* DE EDICIONES DyD!

/edicionesdyd

/edicionesdyd

Encuentro de Institutos de Derecho Comercial - Colegio de Abogados de Azul
LXXII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial - Colegio de Abogados de Azul / compilado por Bruno Santi Táccari . - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-8353-25-8

1. Derecho. I. Santi Taccari, Bruno, comp. II. Título.
CDD 346.07

© 2020 - **EDICIONES D&D S.R.L.**
Av. Córdoba 1522, 3º Piso - Buenos Aires
Tel.: (011) 4519-8204
www.edicionesdyd.com.ar
info@edicionesdyd.com.ar
facebook.com/edicionesdyd

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada; en castellano o en cualquier otro idioma.

Impreso en Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

AUTORIDADES

COMISIÓN HONORARIA

Azul: Dr. Bruno O. Santi Táccari

Avellaneda - Lanús: Dr. Rubén Morcecian

Bahia Blanca: Dr. Ignacio V. Cenoz

La Plata: Dr. Carlos E. Garobbio

La Matanza: Dra. Nora G. Modolo

Lomas de Zamora: Dr. Eduardo E. Marsala

Mar del Plata: Dr. Alejandro M. Vázquez

Moreno: Dra. Paola Bartolomé Alemán

Morón: Dr. Marcelo Spanghero / Dra. Marisol Martínez

Quilmes: Dr. Germán A. Pizzano

San Isidro: Dr. Osvaldo Pisani / Dr. Carlos Ribera

San Martín: Dra. Patricia I. D'Albano Torres

Instituto Partido de la Costa: Dr. Horacio P. Garaguso

COMISIÓN EJECUTIVA

Instituto de Derecho Comercial Colegio de Abogados de Azul

Director: Dr. Bruno O. Santi Táccari

Secretaria: Dra. Maria Luz Quiroga

INTEGRANTES DEL INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL Y PATRIMONIAL DE AZUL

Dr. Adolfo Rocha Campos

Dr. Fernando Ronchetti

Dr. Jorge H. Santi

Dr. Bruno O. Santi Táccari

Dra. Gabriela P. Rivera

Dra. Maria Paz Cordeviola

Dra. Maria Luz Quiroga

Dr. Gabriel Rodriguez

Dr. Santiago Girado

Dr. Ignacio Farina

AUTORIDADES COLEGIO DE ABOGADOS DE AZUL

Presidente	Dr. Gastón M. M. Argeri
Vicepresidente 1°	Dr. Néstor Gabriel Rodriguez
Vicepresidente 2°	Dr. Alfredo Victorino Callejo (h)
Secretario	Dr. Mauro Daniel Grandicelli
Pro Secretario	Dra. María Gabriela Alvarez Morello
Tesorero	Dr. Lucas Daniel Sanz
Pro Tesorero	Dr. Jorge Dardo Ametrano

dyd eBooks

Consejeros titulares:

Dra. Elda Beatríz Donatelli

Dra. María Diana Maceira

Dra. María Eugenia Borio

Dr. Fabián Olegario Gutiérrez

Dr. Ricardo Palma

Consejeros suplentes:

Dra. Noelia Noemí Domenighini

Dr. Eduardo Alberto Diaz

Dr. Luciano Nicolás Martin

Dr. Alfredo Fernando Ronchetti

Dra. Mariana Acuña

Dra. Soledad Radichi

Dr. Martín Iraguenpagate

Dr. Nicolás Curutchet

TRIBUNAL DE DISCIPLINA

Consejeros Titulares:

Dra. María Fernanda Alegre Hernando

Dr. Juan Claudio Morel

dyd eBooks

Dra. Soraya Adriana Eberhard

Dr. Marcos Alfonso Comparato

Consejeros Suplentes:

Dra. Guillermina Emilia Bordon

Dra. María Luján Martinez

Dr. Gino Pizzorno

CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL PARA ABOGADOS

Director Titular

Dr. Juan Carlos Acosta

Dr. Marcelo Alberto Bianco

Director Suplente

Dra. Gabriela Noemí Marti

Dr. Jorge Arcodia

dyd eBooks

GrupoProfessional

EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

Perfeccionamiento Continuo en la Práctica del Derecho

HAGA CLICK AQUÍ

PARA CONOCER NUESTRAS *ACTIVIDADES*

/gpcursos

/grupoprofessional

Prólogo 16

CAPÍTULO I

DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL

§ 1.1. El concepto de vulnerabilidad. Alcances. **Dr. Horacio P. Garaguso** 18

§ 1.2. El COVID. La fuerza mayor. El Esfuerzo Compartido y el Sostenimiento a las condiciones de equidad. **Dr. Horacio P. Garaguso, Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 22

§ 1.3. La imperiosa necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones a causa de la pandemia. **Dr. José Botteri** 25

§ 1.4. Defensa del consumidor. Domicilio en los contratos bancarios. **Dr. Horacio P. Garaguso y Nancy Daniela Ruiz** 53

§ 1.5. Defensa del Consumidor. Gratuidad en las acciones activas y pasivas del consumidor. **Dr. Horacio P. Garaguso** 57

§ 1.6. Código de defensa del consumidor. Carácter regresivo de la reforma propuesta. **Dr. Horacio P. Garaguso y Dr. Bruno Santi Táccari** 62

§ 1.7. Seguro y franquicia. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 65

§ 1.8. Seguro. Contratos de medicina prepaga. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 69

§ 1.9. Incompatibilidad en la actuación del abogado de aseguradora y asegurado. **Dr. Guillermo Marcos** 72

§ 1.10. Contrato de transporte aéreo de pasajeros. Sobreventas de pasajes. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, y Luciano Stanzione** 77

§ 1.11. Los derechos del turista consumidor en la Ley de Emergencia Turística N°27.563. **Dr. Carlos Ezequiel Garobbio** 82

§ 1.12. Paquete turístico. Contrato de Transporte aéreo y derecho del consumidor. **Dra. Marisol Martínez** 94

§ 1.13. Smart Contracts como contratos de consumo y de adhesión. **Notaria Nancy Borka** 106

§ 1.14. El consumidor bursátil. **Dr. Sebastián Scoccia** 111

§ 1.15. Derecho Bancario – Deber de Seguridad. **Dr. Alejandro Martín Vázquez** 115

§ 1.16. Actualidad del débito en cuenta corriente bancaria de los débitos por tarjeta de crédito. **Dr. Bruno O. Santi Táccari** 128

§ 1.17. Digitalización de Títulos Valores. **Dr. Sebastián Scoccia** 132

§ 1.18. Títulos valores atípicos en papel y electrónicos. **Dra. María Rosa Saavedra** 136

§ 1.19. Diferencia entre títulos valores y tokens. Diferencias a la luz de su naturaleza jurídica. **Notaria Nancy Borka** 145

§ 1.20. Factura de crédito electrónica. **Dra. Patricia I. D'Albano Torres** 151

§ 1.21. Fintech: una herramienta viable en época de pandemia. **Dr. Emanuel Rouco** 157

§ 1.22. Fintech: embargo de fondos provenientes de billeteras virtuales. **Dr. Marcelo F. Boedo** 166

§ 1.23. La teoría de las redes contractuales y los contratos conexos. **Dr. Gabriel Makcimovich** 174

§ 1.24. La tecnología aplicada por la empresa en la contratación laboral - un tema de costos. **Dra. Adriana Bottos** 181

§ 1.25. El pagaré en las locaciones habitacionales. **Dr. Ezequiel R. Galván y Dr. Gustavo Daniel Lueiro Campos** 183

§ 1.26. Tasa municipal por el otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la actividad al abastecedor de productos en general. **Dr. Nicole C. Wisner Caferri** 187

§ 1.27. La responsabilidad de los bancos por el uso del homebanking. **Dra. Marcela Fabiana Civallero** ... 194

§ 1.28. Aspectos tributarios de criptomonedas y contratos inteligentes. **Dra. Silvina Érica Coronello** .. 202

CAPÍTULO II

DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

§ 2.1. Plazo de duración de una sociedad informal antes del nuevo código. **Dra. Victoria Martinelli Phillip** 213

§ 2. 2. Sociedad informal que devienen en un solo socio. **Dra. Victoria Martinelli Phillip** 215

§ 2.3. Resolución IGJ. Discriminación de género. **Dra. Victoria Martinelli Phillip** 217

§ 2.4. Contrato de Sociedad. S.A.S. Ley de emprendedores 27.349. **Dra. Estela Marmonti** 220

§ 2.5. Las exigencias tecnológicas en el derecho societario más allá de la pandemia. **Dr. Emanuel Rouco** 224

§ 2.6. La no responsabilidad de los administradores en temas laborales. **Dra. Adriana Bottos** 233

§ 2.7. El administrador societario solo debe responder por culpa o dolo aunque actúen en la zona de insolvencia. **Dr. Rodrigo Ton y Walter Ton** 238

§ 2.8. Luces y sombras sobre fiscalización estatal de sociedades. **Dra. Adriana B. Blanco** 242

§ 2.9. Sociedades entre cónyuges. **Dr. Osvaldo Pisani** 256

§ 2.10. Socios paritarios con intereses opuestos – Inviabilidad de la acción preventiva del art. 1711 del Código Civil y Comercial. **Dr. Marcelo Ubaldo Spanghero** 261

§ 2.11. La prohibición de despedir trabajadores ante la disolución y liquidación de la sociedad. **Dr. Daniel Balonas** 266

§ 2.12. El COVID y la Gestión de Cumplimiento. **Dr. Germán A Pizzano** 271

CAPÍTULO III

CONCURSOS Y QUIEBRAS

§ 3.1. El tratamiento del IVA en la liquidación judicial de bienes de un fideicomiso. **C.P. María Cristina Osso** 278

§ 3.2. Derecho concursal. Principios. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 286

§ 3.3. Concursos y quiebras. El presupuesto objetivo solo no alcanza para salvar la empresa en crisis. **Dr. Ignacio Cenoz** 291

§ 3.4. Competencia concursal. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 300

§ 3.5. El concurso y la emergencia, o la emergencia del concurso. **Dr. Horacio P. Garaguso y Jorge H. Santi** 302

§ 3.6. Derecho Concursal. Efectos en los contratos. **Dr. Horacio P. Garaguso, Dr. Andrés A. Garaguso y Dr. Guido Rossi** 324

§ 3.7. El llamado concurso del Vigilante. **Dr. Adolfo Rocha Campos** 331

§ 3.8. El Concurso Preventivo de las Sociedades de la Sección IV. **Dr. Bruno O. Santi Táccari** 340

§ 3.9. Las sociedades de la Sección IV de la LGS y a extensión de la quiebra. **Dr. Diego Alberto Rapoport** 342

§ 3.10. La verificación no presencial. **Dra. Nancy Daniela Ruiz y Dr. Horacio P. Garaguso** 346

§ 3.11. Verificación de créditos en tiempo de COVID. **Dra. Jéssica Patiño** 354

§ 3.12. La Verificación en tiempos de COVID. **Dra. Romina Solange Báez** 360

§ 3.13. Verificación de créditos electrónica, expedientes digitales y el principio de buena fe. **Dr. Daniel Balonas** 364

§ 3.14. Verificaciones de créditos laborales, gratuidad. **Dr. Horacio P. Garaguso** 370

§ 3.15. Intereses de créditos laborales en los concursos. **Dra. Marisol Martínez** 373

§ 3.16. Efecto del Concurso Preventivo y la Quiebra en las relaciones laborales. **Dra. Brenda A. D'Ubaldo** 382

§ 3.17. Más allá del inciso 10 del art 39 de la LCQ. **Dra. Celina Pavese** 387

§ 3.18. Derecho concursal - acreedores con privilegio no comprendidos en el acuerdo preventivo homologado. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 401

§ 3.19. Diferimiento del pago de cuotas de acuerdos concursales homologado. **Dr. Daniel Balonas** 404

§ 3.20. Cooperativa de trabajo. **Dr. Jorge H. Santi** 408

§ 3.21. La quiebra pedida por acreedor en los términos del art 80 de la ley 24.522. **Dr. Horacio P. Garaguso, Andrés A. Garaguso y Guido Rossi** 411

§ 3.22. Pedido de quiebra por acreedor. **Dra. Mariela Bichler y Dra. Victoria Martinelli Phillip** 414

§ 3.23. La quiebra en los términos del artículo 54 de la LCQ. **Dr. Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F. Garaguso, Andrés A. Garaguso** 420

§ 3.24. El Régimen de vivienda establecido por el CCyC y los bienes excluidos del desapoderamiento en la quiebra. **Dra. Estela A. Castillo** 424

§ 3.25. Pago de dividendos en dólares. Decisiones de emergencia contra legem. **Dra. Gabriela F. Boquin** 438

PRÓLOGO

Estimados colegas:

Le toca a la ciudad de Azul ser el anfitrión virtual del LXXII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Bs As.

Nuestro Departamento ha concurrido a estas reuniones desde 1988. Suficiente número de años como para advertir que los muchachos se han hechos jóvenes, los jóvenes hombres maduros y los hombres maduros personas mayores.

También el curso del tiempo nos obliga a contabilizar en el pasivo, ciertas ausencias cuyo nombre omitiremos para no ahondar la lastimadura que esas retiradas involuntarias han provocado en todos nosotros.

Pero el paso del tiempo no ha menguado el brío entusiasta de los abogados, que dos veces por año se convocan para debatir temas de nuestra común disciplina, o sea el Derecho.

Ese Derecho que se estudia en los libros pero que se redimensiona y se vivifica en los entreveros de los incidentes, en el fragor de las audiencias y la amargura o la alegría que cada sentencia nos depara.

No nos cabe duda que entre los concurrentes se encuentran quienes habrán de plasmar las reformas necesarias de las viejas leyes o estructurar las nuevas, ante un mundo de cambio vertiginoso que como burlándose de los adelantos técnicos, nos obliga a reemplazar el fraternal abrazo por un chisporroteo en una pantalla luminosa.

Azul, Ciudad Cervantina los recibe con placer. Calidad de Cervantina que permite que se les recuerde que nada importa de los sinsabores y los contratiempos de la vida, por el Quijote se hizo inmortal cuando lo molieron a palos y no cuando fabricaron para él victorias ficticias.

Dichas estas palabras y suponiendo un Ave Purísima ritual, pueden desensillar amigos, porque están en su casa.

¡Buena suerte!

Miembros del Instituto de Derecho Comercial de Azul

Colegio de Abogados
Departamento Judicial de Azul

DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL

Capítulo I

PLAZA SAN MARTÍN

CAPÍTULO I
DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIAL

§ 1.1. El concepto de vulnerabilidad. Alcances

Por Dr. Horacio Pablo Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata

PONENCIA

El concepto de vulnerabilidad debe ser juzgado de manera relativa, es decir atendiendo a las razones de las personas, de tiempo y de lugar aplicando los conceptos de resistencia y resiliencia.

FUNDAMENTACIÓN

El concepto de "vulnerabilidad" en el sistema jurídico no se agota en el marco de las relaciones sociales, ni queda delimitado únicamente por la capacidad económica del sujeto, debe considerarse el género, la edad, trabajo, condicionantes físicos o psíquicos e incapacidades que puedan afectar a la persona. Se trata de una situación relativa que debe analizarse contextualmente y en cada caso.

Por supuesto que tratándose de una mujer indigente, es muy poco lo que deberá indagarse, es vulnerable por ambas circunstancias. Lo mismo ocurre con las personas que por padecimientos físicos o psíquicos revelan incapacidades en el acceso al mercado laboral. Casos como estos demandan poca investigación, son vulnerables y se agotó cualquier debate en sentido contrario. Pero en el caso ideal que les propongo muchas ideas perturban un juicio categórico. Veamos.

En una ciudad del Sur de la Provincia de Corrientes vive Don Cosme. Es el más caracterizado vecino, nieto de uno de los fundadores de la ciudad, voz autorizada dentro de la comunidad, dueño de la radio abierta y la FM con mayor influencia en la zona, es comerciante acaudalado concesionario Toyota en la región y administrador del lujoso country ubicado al oeste de la ciudad, junto al Rio Paraná. Es propietario de una veintena de propiedades en renta y propietario de 50 parcelas dentro del country en el que además vive en una casa de grandes dimensiones. Si se me disculpa su cuenta corriente bancaria siempre ha estado en azul con cifras de seis y siete dígitos. Sin embargo Don Coste es tan vulnerable como doña García, una joven madre soltera que mora en la villa a dos kilómetros del acceso al country. Es la empleada doméstica –en negro- de Don Cosme y todos los días –incluidos domingos y feriados- a pie, llueva o truene, debe concurrir a la casa opulenta de su empleador, realizar el aseo, cocinar, lavar y tender la ropa, y hasta cuidar de la niña más pequeña de la casa, mientas que la Sra. Gracia–la esposa de aquel- asiste a reuniones sociales o visita a su familia dentro del mismo country.

Regresa, también caminando después de la cena hasta su casilla, retirando del rancho de una vecina su pequeño hijo. Doña García tiene 32 años de edad. Ante ciertas situaciones ambos pueden ser vulnerables, pero nunca lo serán en la misma medida. Ambos fueron víctimas de envenenamiento por tanino en el supuesto que diera lugar al caso que se transcribe a continuación:

Medio ambiente-Contaminación ambiental-Curtiembre-Acción de amparo-Procedencia

"Se hace lugar a la acción de amparo incoada por el Fiscal de Investigaciones Rurales y Ambientales, disponiéndose la cesación de la actividad generadora de daño ambiental colectivo, causada por la fábrica de curtido y terminación de cueros del demandado; pues, se advierte que es un establecimiento de curtido de piezas, productos y subproductos de origen animal, producto de caza furtiva, sin habilitación de organismos públicos, sin evaluación de impacto ambiental, los cuales son vertidos al ambiente, drenados por canaletas en la superficie a cielo abierto, sin ningún tipo de tratamiento de residuos tóxicos, teniéndose por acreditado que

existieron actos realizados por el accionado a través de dicha fábrica, que producen una alteración relevante del medio ambiente con aptitud para generar un daño ambiental, por la utilización, traslado y tratamiento de sustancias peligrosas sin ningún tipo de autorización de los organismos competentes, que conforme a las pruebas aportadas (pericias, informes, declaraciones de testigos) exceden la normal tolerancia y poseen aptitud para impactar en las condiciones de su entorno social ambiental, afectando el derecho a la salud y a gozar de un medio ambiente sano".

"Fiscalía de Investigación Rural y Ambiental vs. Cayón, Jorge Omar s. Amparo" Juzgado en lo Civil, Comercial y Laboral, Mercedes, Corrientes, 02/09/2020; RC J 5556/20.

Destaco que todos los personajes son ficciones para que por absurdo quede perfectamente identificado el supuesto: El tanino vertido al arroyo que atraviesa el country y bordea la casilla de la empleada doméstica es el mismo y el "patrón y la sirvienta" quedaron por igual envenenados. Ambos fueron vulnerables frente al daño ambiental, pero mientras Don Cosme fue atendido en una clínica cercana a la ciudad de Lujan –Provincia de Buenos Aires- conforme el plan de salud que lo beneficiaba, Doña García, con una tos muy fuerte y un estado febril importante, fue atendida en la salita por un enfermero, que le dio un jarabe para el catarro… ella falleció en su casilla seis días después.

Ante la contaminación ambos fueron vulnerados en su salud, su resistencia se vio quebrada pero la vulnerabilidad de ella justifica el distinto destino de ambos. Es que había distinta resistencia, pero lo que es más grave, ¡era muy distinta la resiliencia de ambos!

La vulnerabilidad se mide por la resistencia, si, pero no basta con ella, debe juzgarse y medirse la resiliencia, es decir aquello que los físicos describen como recuperar la forma natural luego de que cese la presión a la que el objeto fue sometido (recuerdan la propaganda del resiliente colchón que luego de ser aplastado por un camión recuperaba su forma inmediatamente). En psicología, la resiliencia es una aptitud que puede ser trabajada y adquirida que permite al sujeto recuperar el equilibrio perdido, cuando la resistencia de las defensas fue abatida.

Otro ejemplo para graficar el aserto: frente al COVID 19, ante el virus tanto Don Cosme como doña García habrán de enfermarse, venciendo las defensas que le propondrá el organismo, las que serán insuficientes.

Pero Don Cosme bien alimentado, bien vestido, suficientemente protegido por una vivienda confortable, al amparo de un plan de salud capitado de los mejores, se encuentra en mejores condiciones para recuperar la salud perdida, **él** tiene mayor resiliencia que su pobre – muy pobre- empleada. Ella no ha tenido una alimentación apropiada, su morada no es saludable, tiene afectados sus pulmones por los sucesivos estados de resfrío y gripe, sin vestimenta ni vivienda adecuada, con privaciones alimentarias para tutela de su hijo menor. Doña García carece además de una medicina preventiva adecuada y carece de recursos para procurarla. Tal vez ella era por su juventud más resistente al contagio, pero su resiliencia una vez enferma era poco menos que inexistente. La empleada de Don Cosme carecía de aptitud para "recuperar su forma originaria" como diría el físico, por su debilidad "no facilita el tratamiento" diría el médico y "no se adapta al cambio ni puede generar las nuevas circunstancias que le devuelvan el equilibrio y la armonía", diría el Psicólogo Social: ES BAJA SU RESILIENCIA.

La vulnerabilidad que ocupa al legislador es tanto la primera como la segunda especialmente en aquellos supuestos en los que la falta de resistencia va acompañada de una nula resiliencia, como ocurre con Doña García, o con "Miguel", el viejo jubilado de la mínima que vive en la casilla 3 de la villa.

§ 1.2. El COVID. La fuerza mayor. El esfuerzo compartido y el sostenimiento de las condiciones de equidad

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

El COVID 19 y la pandemia universal que actualmente degrada y consume a buena parte de la economía mundial impone al derecho positivo la adopción de leyes o simplemente de criterios que conjuguen la fuerza mayor, el esfuerzo compartido y el sostenimiento de las condiciones de equidad bajo una pauta de realidad construida sobre los principios de "contribución" y del "mayor esfuerzo". Estos principios están en una etapa de construcción sin que puedan precisarse límites universales a los mismos, dependiendo su alcance de la realidad y de las urgencias que impone el bien común.

FUNDAMENTACIÓN

En otras ponencias abordamos la cuestión del COVID 19 en ciertos negocios jurídicos, así lo hicimos en Quilmes con referencia a uno de los más perjudicados ámbitos económicos que el problema sanitario global trae aparejado. Nos referimos en aquella oportunidad a las actividades vinculadas a la recreación, turismo y comercio que por ser "no esenciales" a juicio de la OMS, son las más perjudicadas, toda vez que en buena medida su objeto se resiente cuando se altera el orden, la seguridad y el descanso.

Es evidente que son aplicables las normas de derecho común que reglan los efectos contractuales sucedidos en hipótesis de casos fortuitos o de fuerza mayor, descartando ab initio el agravamiento de la responsabilidad por la profesionalidad de los agentes y la

solidaridad de las partes de un negocio complejo por los incumplimientos que sobrevinieron y que son consecuencia de la nueva realidad.

Es evidente que el productor de cerveza artesanal que no pudo comercializarla al menudeo por no tratarse de una actividad esencial, de un día para otro dejó de tener ingresos, sin que correlativamente se produjera una suspensión del curso de erogaciones por servicios, salarios, contribuciones, impuestos y alquileres. Por su parte el cierre por largos meses de las actividades gastronómicas les privó de ingresos por ventas mayoristas. La recarga en planta no genera ingresos como para soportar la carga de las deudas pretéritas y presentes.

Los nuevos principios para resolver las crisis provocadas por la Pandemia se van construyendo tomando como punto de partida ciertos esquemas propios de la ética universal. Estos principios que son el emergente de otras crisis se reinstalan en la situación presente. Debe destacarse en primer lugar, el que ya fuera receptado en el año 2001 por la CSJN (in re "Galli c/Estado Nacional" y "MASSA") que es el del esfuerzo compartido cuyo contenido debe ajustarse a dos realidades de esta crisis: Covid 19, todos pierden pero algunos pierden todo y otros poco o nada pierden. Frente a estos alcances deberán adicionarse nuevos aspectos del esfuerzo compartido, que son hijos de esta realidad:

a) Principio de contribución, el que demanda que el mayor esfuerzo se imponga a quienes menos perjuicios han recibido por la Pandemia y el ASPO.

b) Principio de mayor pérdida que se orienta a la atención primaria de quienes sufren los mayores quebrantos, transfiriendo la percusión a los sectores más pudientes. Esta es la idea que inspira la contribución forzosa en debate parlamentario en los días presentes.

c) Principio de limitación y suspensión de la estipulaciones contractuales que sancionan el incumplimiento, si las mismas se convinieron antes del 20 de marzo de 2020 para convenciones también anteriores o para prestaciones cumplidas con posterioridad en virtud de suministros contratados antes de esa fecha.

d) Decíamos en nuestro trabajo presentado en Quilmes, “hoy más que nunca la defensa del consumidor”, esta afirmación que sosteníamos para ciertas actividades vinculadas con el turismo y la recreación, se nos sugirió se ampliaran a todos los contratos afectados, y así lo hacemos.

e) Frente a la existencia de oligopolios en la comercialización de bienes y servicios, es fundamental la defensa del consumidor, pero también de la competencia. La ley de Defensa de la Competencia debe aplicarse para impedir las restricciones gestadas por el abuso de posición dominante en el mercado.

f) Por último debemos tener en cuenta la regla de la solidaridad social, que, decíamos en Quilmes “define la preferencia por lo colectivo”.

Estos principios encuentran recepción en varias normas generales del sistema jurídico interpretadas de manera amplia: la buena fe contractual y el abuso de derecho.

§ 1.3. La imperiosa necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones a causa de la pandemia

Por Dr. José David Botteri

Colegio de Abogados de Mar del Plata

Existe hoy en día inquietud en nuestra comunidad por buscar soluciones jurídicas a la crisis económica aguda que ha generado la pandemia del coronavirus que ocasiona la enfermedad Covid-19 y que ha provocado tantas restricciones a la vida de las personas y a las actividades económicas.

En esa búsqueda se han propuestos diversos caminos: la ayuda económica del Estado, que ya presenta un déficit fiscal preocupante, al estilo "Plan Marshall"[1]; la reforma de la ley de Concursos y Quiebras (LCQ) para consagrar un mecanismo adecuado con alcance nacional, con distintos matices según cada proyecto de ley[2]; un sistema de fideicomisos para atender las obligaciones no satisfechas durante la crisis[3]; la idea de un "escudo protector" para sobrellevar esta depresión económica[4]; etc.

Por nuestra parte consideramos que el Código Civil y Comercial de 2015 (CCC) ofrece un conjunto de soluciones y de principios para resolver esta cuestión y que resulta necesario una vía procesal local idónea para resolver estos problemas. La mayoría de los Códigos

1 Es la propuesta del Dr. **Daniel R. Vítolo** "COVID-19 y empresas en crisis: ¿Reformas a la ley de concursos y quiebras o Plan Marshall?", publ. en Doctrina Societaria y Concursal edit. Errepar, t. XXXII de agosto de 2020, cita digital EOLDC101881A

2 Pueden verse varias de esas ideas de quienes integran el grupo "El Arca", que agrupa a destacados concursalistas en https://elarcapress.wordpress.com

3 Es una recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), en los siguientes términos: "…4. Se analizará la conveniencia de crear fondos o fideicomisos de garantía bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos fondos o fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar". Ver: www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org

4 Es la idea de los Dres. **Efraín H. Richard** y **Jorge Fushimi** "Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de Covid-19", publ. en La Ley 08/05/2020, 2 y **Richard Efraín H.** "Ante la pandemia económica, ¿Qué legislar? publ. en: Ebook-TR 2020 (Andruet), 58.

de Procedimientos de nuestras provincias aún no se han adecuado al nuevo Código y ese es uno de los muchos inconvenientes que presenta este problema.

La primera cuestión a desentrañar es si esta crisis que estamos afrontando configura necesariamente en las empresas y particulares estado de cesación de pagos y si fuera así, si el derecho concursal -una legislación de alcance nacional- es quien debe atender a esta cuestión; o si, por el contrario, esta crisis no se constituye por sí en causa de insolvencia a las empresas y particulares y si se debe remediar la cuestión a través de métodos procesales adecuados localmente a las necesidades de empresas y particulares, con la guía de solución del Código Civil y Comercial (CCC).

Hay partidarios de lo primero: por ejemplo el distinguido Héctor Chomer sostiene que estamos todos en cesación de pagos.[5] Para ingresar en ese tema considero necesario refrescar algunas cuestiones en torno a la causalidad, al estado de cesación de pagos y a las circunstancias particulares de esta crisis.

I. La causalidad en el derecho privado y concursal argentino y el estado de cesación de pagos

El derecho concursal argentino presenta desde sus orígenes una raíz causalista, que es coherente con todo nuestro ordenamiento de derecho privado.

La causalidad es una de las teorías posibles para explicar cambios y consiste en establecer una relación simple entre dos hechos o actos, vinculándolos firmemente a través de alguna ley[6] de cobertura que permite explicar el acto o hecho consecuente (efecto) por su antecedente (causa). Es un modo de relacionar acontecimientos, una manera de ver las cosas. Pero, ciertamente, no es la única

5 **Héctor Chomer** "Todos somos insolventes: soluciones concursales simples", publ. en Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA, Número Extraordinario: "Pandemia y emergencia empresarial", junio/2020; y "Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal", publ. en La Ley del 3/08/2020, 1.
6 Utilizamos la palabra "ley" en sentido amplísimo: como cualquier norma técnica o científica o incluso, una costumbre.

técnica de relacionar hechos[7].

La base causalista se establece en una serie de normas de nuestro CCC, que se proyectan desde allí hacia todo el derecho privado.[8] En concreto puede sostenerse que:

a) La causa es inherente a todo acto jurídico civil: esto es así porque todo acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, es un acto jurídico (art. 259 CCC). Dicho fin autorizado por el ordenamiento jurídico, es su causa (art. 281 CCC), que aunque no esté expresada en el acto, se presume que existe (art. 282 CCC), siendo el acto válido, aun cuando su causa sea falsa, si se funda en otra causa verdadera. Esta posición de nuestro Código hace presuponer que la ignorancia de las leyes no resulta excusa (art. 8 CCC), que el ordenamiento jurídico es completo (art. 1 CCC, fuentes) y que los jueces tienen el deber de resolver (art. 3 CCC) de manera razonablemente fundada en derecho. Si bien se admite el acto abstracto (art. 283 CCC), no quiere decir que este carezca de causa, ya que la existencia de esta, su licitud o falsedad es discutible una vez que se haya cumplido el acto.

b) No hay obligación sin causa: la relación jurídica en virtud de la cual un acreedor tiene derecho a exigir de un deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito (definición de obligación, art. 724 CCC), debe tener causa (art. 726 CCC); pues no hay obligación sin ella y debe derivarse de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

c) Cuando se trata de relaciones entre hechos, la causalidad debe ser la adecuada: para reparar las consecuencias de un hecho dañoso, el nexo entre la conducta dañosa y la persona, cosa o bien

7 En efecto, por ejemplo pueden vincularse dos hechos considerando aspectos subjetivos como los medios y los fines de las personas (como sucede en los fraudes), la interacción (una forma de causación recíproca) que sucede en órganos colegiados (p.e. las asambleas de socios) es diferente de la causalidad común, etc. Mas sobre esta cuestión en la obra de **Mario Bunge** (1957) "La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna", Edit Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

8 Por ejemplo, la idea de causalidad adecuada o sus derivaciones, se repite en más de cincuenta ocasiones a través de todo el Código Civil y Comercial. Más sobre este tema en nuestro trabajo publicado en El Dial.com, sección responsabilidad civil, titulado "*La causalidad, las probabilidades y las pérdidas de chance en el nuevo Código Civil y Comercial*"

dañados, debe ser de causalidad adecuada (art. 1726 CCC).[9] Esto supone dejar a criterio de los jueces, conforme lo que acostumbra suceder –el curso ordinario de las cosas- la elección de una o unas (concausas) de las condiciones del hecho o acto, como causa.[10]

En materia concursal el causalismo se impone en casi sesenta oportunidades, distribuidas en veintiocho artículos de la ley 24.522 (LCQ). Se puede verificar por ejemplo:

- El estado de cesación de pagos reconoce causas, sin importar la naturaleza de las obligaciones a las que afecte (art. 1ro. LCQ).

- La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país (art. 4 LCQ).

- En su presentación en concurso preventivo, el concursado debe explicar las causas concretas de su situación patrimonial (art. 11 inc. l2 LCQ) y acompañar una nómina de acreedores con indicación de las causas de sus créditos (inc. 5to).

- El concursado no puede realizar actos a título gratuito que importen alterar la situación de acreedores por causa o título anterior a la presentación (art. 16, LCQ).

- El concurso preventivo importa la suspensión de intereses de todo crédito de causa o título anterior (art. 19, LCQ) y –en principio- la suspensión de juicios de contenido patrimonial por causa o título anterior a la presentación (art. 21, LCQ).

- Al presentarse a verificar créditos, los acreedores de causa o título anterior a la presentación, deben indicar la causa de los mismos (art. 32, LCQ) y el síndico debe dictaminar sobre la causa de

9 La causalidad en este caso, cumple una doble función, pues es un modo de imputar consecuencias al obrar humano y también de considerar la extensión de los daños que podrán ser resarcidos. **Jorge Mosset Iturraspe** distingue adecuadamente la culpabilidad de la causalidad en "*La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual*", Revista de Derecho de Daños, Edit Rubinzal Culzoni, Tomo 2003-2, pág. 59 y ssgtes., pág. 63.
10 El término "adecuado" o sus derivados, se encuentra en todas sus formas de expresión en el CCC en los arts. 31 inc. d), 54, 59, 109 inc. f), 119, 322 inc. c), 329 ult. párr, 441, 524, 607, 644, 747, 970 inc. d), 1013, 1053 inc. a), 1066, 1091, 1150, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1255, 1256 inc. c), 1268 inc. b), 1298, 1331, 1370 inc. b), 1386 inc. c), 1475, 1504, 1505 inc. c), 1514 inc. e), 1515 inc. b), 1681, 1726, 1739, 1770, 1782 inc. d), 1810, 1857, 1867, 1881, 2001, 2020, 2097 inc. c), 2187, 2188, 2268, 2281 inc. e), 2470, 2509 y 2526. Su presencia frondosa revela que se trata de una palabra que parece haberse encontrado cómoda para su empleo, pero que no tiene una definición técnica.

los créditos en el informe del art. 35, LCQ. Lo mismo en la quiebra (art. 200 LCQ).

- El síndico debe informar las causas del desequilibrio económico del concursado, en el informe del art. 39 LCQ.

- El art. 50 LCQ enumera causales (causas) para que sea procedente la impugnación al acuerdo.

- La novación concursal ocurre, conforme el art. 55, respecto de todas las obligaciones de causa o título anterior.

- El acuerdo logrado proyecta efectos respecto de todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación (art. 56 LCQ).

- Para la acción de nulidad del acuerdo homologado art. 60 LCQ se prevén causales (dolo empleado para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo).

- En el APE, el listado de créditos del art. 72 debe indicar la causa de cada uno.

- En la quiebra la prueba del estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa, se efectúa a través de la acreditación de hechos que exterioricen que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones (art. 78, LCQ).

- El recurso de reposición en la quiebra reconoce como única causal, la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del concurso (art. 95 LCQ).

- La determinación de la fecha del estado de cesación de pagos, varía de acuerdo a la causa que generó la quiebra (art.112 LCQ).

- El tema causal también aparece en la quiebra en el tratamiento de los créditos de las sociedades respecto del socio ilimitadamente responsable (art 150 LCQ), en la dispensa de protesto (art. 155), en la continuidad de la empresa en quiebra (art. 190 LCQ), en la explicaciones que debe dar el síndico en el informe final, acerca de por qué no realizó determinado bien (art. 218, LCQ), en materia de privilegios (art. 240 LCQ), en materia de actuación, recusación y remoción de síndicos (arts. 255 y 256, 258 LCQ) y en relación

con honorarios (art. 265 LCQ).

Sin embargo, la causalidad no es el único modo que el derecho concursal emplea para determinar relaciones entre hechos o actos. Tal como lo anticipamos hay otras formas, diferentes de la causalidad, para relacionar acontecimientos:

Se pueden verificar supuestos de autodeterminación, como por ejemplo, en el caso del desistimiento de pleno derecho por falta de ratificación de la presentación en concurso (art. 6to. LCQ). En este tipo de casos hay una causa interna involucrada en la cosa, bien o persona, que autodetermina un efecto dado, como sucede -por ejemplo- con la disolución societaria por vencimiento del plazo del contrato (art. 94 inc. 2 LGS). En estos supuestos no hay causalidad en el estilo tradicional (relación entre dos hechos), porque las diferencias en los estados de una cosa, bien o persona, se producen sin intervención alguna de terceros.

También hay supuestos de determinación teleológica, que consiste en establecer los hechos a través de relaciones de medios afines. Aquí hay causalidad común pero se agrega, además, un factor preponderante que es la elección de un medio para el logro un fin, lícito o ilícito, determinado. Por ejemplo los casos de extensión de la quiebra en las hipótesis de los incisos 1 y 2 del art. 161 LCQ, involucran claramente relaciones de este tipo (actuación bajo la apariencia de la fallida, desvío del interés social). Como sucede en estos casos, la conexión no está solo en los hechos, sino en algunos aspectos subjetivos de difícil prueba, como la elección subjetiva de medios y fines.

El acuerdo en el concurso preventivo y en el APE es producto de negociaciones entre el concursado y sus acreedores en donde existe interacción o causación recíproca y no causalidad. El resultado de ese acuerdo está influido por todos y cada uno de los acreedores y el propio deudor. Por esa razón nótese que no se responsabiliza o condena a los acreedores que prestaron conformidad para el acuerdo en los casos de no homologación judicial por abuso o fraude (art. 52 inc. 4to. LCQ), porque no puede atribuirse individualmente a cada uno de ellos todo el resultado fraudulento o lesivo hacia quienes no prestaron conformidad con la propuesta.

Existe por último, hipótesis de determinación estructural, cuando la situación concursal de un individuo se establece por la estructura general del conjunto fallido al cual pertenece. Se trata de un caso extremo, en que la investigación causal individual resulta absolutamente superflua y, en realidad, se indaga el grado de participación del agente en la organización, que es algo bien diferente. La extensión de la quiebra del socio ilimitadamente responsable (art. 160 LCQ) se sostiene en este punto, y no en nexo causal alguno entre los hechos determinantes del estado de cesación de pagos y la conducta del socio.

Así es que puede afirmarse que la ley 24.522 (con las limitadas excepciones que acabo de mencionar), enfoca jurídicamente los hechos, las conductas y la realidad del modo causalista tradicional, con una visión lineal de los acontecimientos sobre la base de antecedentes y consecuentes.

En concordancia con lo dicho, el derecho concursal argentino describe a la insolvencia como un estado, más precisamente como un estado de cesación de pagos. Es necesario decir que solo tiene sentido de hablar de estados de una cosa o de un sujeto en la medida en que esté expuesta a cambios, que -como dijimos- es la esencia de la cuestión causal, comportando toda una teoría acerca de cómo suceden los hechos.

Una definición técnica utilizada con amplitud en las ciencias y en la filosofía sostiene que el estado de una cosa concreta (en este caso, un patrimonio) en un determinado instante y con respecto a un determinado marco de referencia, es la totalidad de sus propiedades en ese momento y referido a un contexto determinado. [11]

Existe mucha doctrina sobre el tema del estado de cesación de pagos y en general se sostiene mayoritariamente que por cesación de pagos se entiende a la imposibilidad de un patrimonio de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles del sujeto que es su titular.[12] Esa noción es más amplia o más restringida, según la

11 Así lo define con toda claridad **Mario Bunge** "*Diccionario de filosofía*", SDiglo XXI editores, 1era. ed. Buenos Aires, 2001, pág. 68.
12 **Francisco Junyent Bas** y **Carlos Molina Sandoval**, en su obra "*Ley de Concursos y Quiebras*", edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3era. ed., 2011, Tomo I, pág. 42.

jurisdicción que se trate, como apunta Héctor Chomer y ha variado con los tiempos como veremos en el capítulo siguiente.[13]

Sin embargo, la descripción del estado del patrimonio con acento en una de sus características (la cesación de pagos), no dice mucho acerca de porqué el patrimonio adquirió esa impotencia para satisfacer obligaciones, esto es, la indagación de sus causas. Pero para avanzar en el tema es necesario pasar al siguiente punto.

II. La pandemia como causa de insolvencia o de crisis patrimonial

Como lo sostenía en 1993 Osvaldo J. Maffia[14], la expresión "cesación de pagos" evolucionó desde considerarse tal a la mera circunstancia de no pagar (s. XIII), a entenderlo como la imposibilidad de cumplir con regularidad las obligaciones, en el s. XIX.

Durante buena parte del s. XX podía sostenerse que se caía en cesación de pagos por una o varias causas, específicas. Esa idea, durante el s. XXI no es tan sostenible, porque es cada vez más difícil atribuir la insolvencia a una causa o varias causas determinadas, dada la complejidad de las relaciones económicas en la vida moderna actual. Incluso, cuando es posible aislar una o varias causas, no resulta seguro que pueda asignárseles suficiencia para establecerlas como motivo de la insolvencia.

Nuestro típico estado de cesación de pagos, a partir de fines del milenio pasado es una cuestión de etiología difusa, a diferencia de esta crisis económica que estamos atravesando con motivo de la pandemia.

En situaciones de mercado normal, se puede saber que una empresa o sujeto se encuentra en estado de cesación de pagos, incluso antes de que se desencadenen hechos típicos de la insolvencia[15];

13 **Héctor Chomer**, "*Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal*", publ. En La Ley del 3/08/2020, 1.
14 **Osvaldo J. Maffía**, "*Derecho Concursal*", tomo I edit. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 115 y ssgtes.
15 Uno de los modelos más divulgados para medir crisis surge de la obra de **Edward Altman**, "*Financial ratios, discriminant analysis and the prediction of corporate bankrupcy*", Journal of Finance, Vo. 23, pág. 589-609, quien propuso lo que se denominó como modelo de análisis Zeta, que mide: liquidez, rentabilidad, apalancamiento, solvencia y nivel de actividad.

pero es muy difícil que alguien pueda sostener con certeza que sabe cuáles son las causas que lo desencadenaron.

Todos aventuramos ideas acerca de qué es lo que provocó la insolvencia en los procesos judiciales, pero no es tan cierto que ello se diga con verdad. Quizás pueda conjeturarse, pero es difícil que se sepa sino es a través de ciertas herramientas, principalmente estadísticas[16].

Veamos lo que sucede con las personas físicas en lo que se comenta hoy en día, como derecho concursal de consumidores: ¿Qué fue lo que desencadenó la cesación de pagos de un sujeto? ¿La caída de ingresos, el exceso en el consumo de electrodomésticos, la inflación en los precios de los alimentos, la pérdida del empleo, una mala cultura del ahorro, el aumento de los impuestos, la suba de las cuotas del colegio o del alquiler, la voracidad en las tasas de las tarjetas de crédito? ¿Quizás la mala suerte en un juego de azar, una estafa familiar o la pésima cultura financiera del sujeto? ¿Tiene realmente sentido, elaborar una cadena causal de eventos para sostener qué ocasionó su impotencia patrimonial, cuando hay una actividad económica normal?

Pasemos ahora a lo que pasa en las empresas cuando entran en estado de cesación de pagos, en situaciones normales: ¿fue la caída de ingresos o de ventas, el aumento de salarios, el abuso de las tasas bancarias, la mala aptitud de los administradores, la falta de compromiso de los socios que no aportaron capital suficiente, la caída del mercado, el incremento de los impuestos, la obsolescencia de los bienes de uso, la ineptitud de los abogados o de los contadores, o fue que los productos y servicios están fuera de los dictados de la moda del momento?

En materia de estado de cesación de pagos en un mercado "normal" la impotencia patrimonial *se revela de un modo diferente que en una crisis económica ocasionada por un hecho que configura caso fortuito, como acontece con el derivado por la Pandemia Covid-19*; porque a diferencia de lo que se supone en una situación

16 La recepción de la estadística como prueba en materia judicial, es en nuestro país una cuestión en debate. Puede comenzar a abordarse el tema a través de la obra de **Michele Taruffo** "*La Prueba*", edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 100 y ssgtes.

de tráfico regular, no es tan sencillo discernir causas del modo jurídico tradicional.

Todos creen, en situaciones de mercado normal, poder saber cuáles son las causas del estado de cesación de pagos pero ello no es más que una mera conjetura, una manifestación selectiva que la ley concursal denomina "hecho revelador", pero como dijimos antes no es nada seguro que esos hechos elegidos sean verdaderamente la causa de la insolvencia.

La insolvencia en el s. XXI, (donde la mayoría las experiencias vitales son de pago) se presenta como un fenómeno multicausal, pues no puede atribuirse el estado de cesación de pagos a una causa determinada, sino a un conjunto disyuntivo de ellas y que operan de manera inmediata o mediata, pero muchas veces no de manera contigua –esto es, lineal- para provocar el estado de impotencia patrimonial y en donde los efectos, son causas de otras tantas consecuencias como producto del vértigo de la vida económica moderna.

No es tan sencillo elaborar una línea causal de eventos que desemboque en el patrimonio en una sucesión de estados y con característica propia final, de cesación de pagos. Por eso los métodos antiguos que pretendían tratar el problema de modo causal, ya decididamente, no son adecuados. Por ejemplo: el modo de atender a los acreedores conforme el principio *pars conditio creditorum* de la ley 19.551, resultaría algo completamente insostenible en la actualidad.

En efecto, el antiguo proceso concursal causalista pretendía resolver el problema de la insolvencia promoviendo la idea de un acuerdo de tratamiento y condiciones equivalentes entre acreedores y deudor, homologable por un juez (con la intervención de un funcionario sindical, cuya misión más relevante, era la de dictaminar acerca del origen y monto de los créditos), privilegiando a algunos acreedores por sobre otros, para incluirlos o excluirlos de las negociaciones.

Pero desde hace ya tiempo que se sabe en la ciencia que la multicausalidad (que tiene en común con la causalidad solo el nombre) es no-aditiva, en el sentido que la acumulación (o remoción) de un

conjunto determinado de causas, no modifica el resultado.[17] No es lo que sucede en este caso, porque se sabe que el problema está radicado en las consecuencias de la Pandemia que configura caso fortuito.

Del mismo modo, el proceso concursal devenido en quiebra abriga la esperanza a través de algunas acciones, de poder castigar a los responsables de la insolvencia (por ejemplo, la acción del art. 173 LCQ), o en el pasado a través de la más rigurosa calificación de conducta de la ley 19551 (arts. 235 a 241), cuyo régimen hay quienes pretenden que regrese.

Sin embargo las condenas son muy raramente vistas porque nunca es sencillo poder discriminar las conductas de los administradores, como causa adecuada del efecto de la insolvencia, diferenciándolas de otros factores. Por ello hay enormes déficit de prueba, pretendiéndose buscar soluciones en una especie de imputación objetiva de responsabilidad, en el establecimiento de obligaciones de resultado o directamente, promoviendo criterios de causalidad virtual[18]. ¿La razón? La insolvencia moderna es multicausal.

Un problema multicausal es sistémico, porque deben considerarse a todos los componentes del problema, computar el entorno y todas las relaciones, junto a los mecanismos involucrados que han operado los cambios.

En cambio, un problema causal como el que estamos viendo con esta pandemia, es un problema definido: hay obligaciones que no son exigibles total o temporalmente en razón de la situación de caso fortuito que se ha suscitado.

Las empresas y sujetos de a pie han de algún modo elaborado su propio plan de contingencia y han postergado algunas obligaciones respecto de otras, para intentar sobrevivir. La vida económica se les ha comprimido y cada uno se ha adaptado como ha podido a esta nueva situación, a la "nueva normalidad".

17 **Mario Bunge** (1957) "*La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*", Edit Sudamericana, Buenos Aires, 1997.
18 Sobre estas cuestiones resulta provechoso leer la obra del Dr. **Marcelo López Mesa** "*Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada*", publ. en Diario "La Ley", Rep. Argentina, el día 12 de agosto de 2013, Nor. 148 del corriente año; entre otros trabajos del mismo autor.

Hoy en día existen muchos juristas que opinan que el coronavirus puede ocasionar insolvencias pandémicas, así por ejemplo Juan A. Anich, acuñó el término "Insolpandemia", para referirse a la situación actual[19].

Considero más razonable sostener que este nuevo coronavirus que ha asolado a toda la humanidad, ocasiona una enfermedad denominada Covid-19 que ha demostrado ser mortal en muchos casos; lo cual ha provocado que el Estado argentino haya tomado drásticas soluciones ("cuarentena" bajo modalidad Aislamiento Social Preventivo Obligatorio –ASPO–, con diversas fases) que ha provocado una caída marcada de la actividad económica.

Si bien existen trabajadores, consumidores y empresarios enfermos, en mayor medida la caída de la actividad se ha debido a medidas estatales diseñadas a fin de prevenir contagios y a preparar un sistema sanitario decadente para la atención de los enfermos y aminorar las consecuencias de esta pandemia, que ha demostrado ser poco predecible, como puede verse en todos los países, incluso en los más desarrollados.

A esta altura de los acontecimientos todas las empresas y sujetos individuales han adoptado algunas medidas de contingencia frente a la brusca caída de la actividad económica, condicionadas por el propio Estado que resolvió disponer medidas para proteger a los trabajadores, asistiendo al mismo tiempo a los empresarios para que se puedan cubrir una parte de los haberes.

Esas medidas consisten naturalmente en postergar algunas cuentas (las fiscales, las comerciales, las financieras), para poder sostener la actividad y esperar que la situación se recomponga. ¿Configura ello estado de cesación de pagos?

En principio, no lo es porque muchas (aunque no todas[20]) de esas obligaciones insatisfechas no son exigibles con motivo en el caso fortuito derivado de la pandemia y en las medidas gubernamenta-

19 **Juan A. Anich** "*La "Insolpandemia" y su incidencia en los procesos concursales. Readecuación de propuestas*", publ. en: La Ley 09/06/2020, 12.
20 Es posible que algunas obligaciones de ciertos sujetos no se encuentren alcanzadas por el caso fortuito, pues ciertas actividades mejoraron su actividad económica. También puede tratarse de créditos cuya causa está en mitigar los efectos de la Pandemia, etc.

les que se han puesto en funcionamiento para mitigar sus efectos. Pero la perdurabilidad de la situación en el transcurso de estos meses ha originado pérdidas que en muchos casos han derivado en el cierre de establecimientos, por resultar inviable el plan de contingencia adoptado por sus dueños.

Se trata de una crisis económica y financiera aguda pero al ser discutible la exigibilidad de los créditos, no llegan a configurar estado de cesación de pagos, principalmente por encontrarse identificada la causa de la situación en un hecho que constituye caso fortuito.

Una crisis económica como la que estamos atravesando, aún aguda y con tan importantes consecuencias, no puede configurar por sí estado de cesación de pagos cuando las obligaciones no son exigibles, del modo en que lo son en épocas normales cuando no hay tantas restricciones para la actividad económica y rigen con plenitud las libertades que tiene garantizadas la Constitución Nacional a todos los habitantes de nuestro país.

No quiero decir con ello que, más adelante y cuando las obligaciones suspendidas vuelvan a ser exigibles, los efectos económicos de las restricciones a las actividades que ha ocasionado esta pandemia no contribuyan en el patrimonio de ciertos sujetos a configurar causas que, junto a otras, provoquen por efecto de la multicausalidad, estado de cesación de pagos en el patrimonio de sujetos concursables, que hagan necesario recurrir a la LCQ y que sería deseable que para ese futuro próximo la ley concursal se adapte a las necesidades del s. XXI.

Pero en el mientras tanto de nuestra actualidad, parece necesario encontrar un método distinto al típicamente concursal para enfrentar este problema, lo cual habilita a avanzar hacia un nuevo capítulo.

III. Cómo se enfrentan los fenómenos causales y los multicausales. El proceso como método

Todo proceso judicial es un método destinado a resolver conflictos jurídicos con intervención de jueces estatales entre individuos, grupos o clases de individuos vinculados por la ley civil o mercantil

en general. Como método es una manera de tratar los conflictos sociales, pero no es el único, pues también existe la mediación, la conciliación y otros métodos alternativos.[21]

Nuestro concurso preventivo, el APE y la quiebra son, en sí y como procedimientos judiciales, heurísticas[22] que, aunque no han desentrañado totalmente la multicausalidad y continúan utilizando antiguos remedios causales, sin embargo han tratado el problema sosteniendo la idea de la universalidad como principio (todos los bienes y todos ellos créditos sujetos a un único procedimiento).

En cualquier disciplina técnica moderna, los problemas multicausales se abordan clasificando causas, proponiendo soluciones acordes a cada conjunto de ellas, de modo de que sus efectos comulguen además con un efecto deseado para todo el conjunto de problemas[23].

Puede decirse, que la ley 24.522 comenzó un camino para mejorar la heurística tradicional de la ley 19.551, cuando introdujo el APE, el concurso del agrupamiento, la categorización de créditos y la formulación de propuestas diferenciadas.

Estas ideas se encuentran en línea con la idea de resolver la cesación de pagos moderna, aunque aparecen (entre muchos) los siguientes problemas, en donde la solución para un grupo de causas, conspira contra las restantes alterando la racionalidad del método elegido, sea porque el comportamiento estratégico de los acreedores daña el mecanismo concursal, o porque se llega a que la decisión de ciertos acreedores, no beneficia a todos ellos:

a) La categorización y la formulación de propuestas diferenciadas

21 Más al respecto en nuestra ponencia junto a **Diego Coste** sobre "*Mediación Concursal*" para el 2do. Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal, en San José de Costa Rica, noviembre de 2014.

22 Heurística refiere a la disciplina que estudia el modo lógico de resolver problemas. Más sobre el tema en la obra de **Rafael A. Rodríguez Toledo**, "H*eurísticas en las ciencias económicas y sociales, una visión práctica"* Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, vol. XV, núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 135-164 Universidad Central de Venezuela Caracas, Venezuela

23 Así puede verse, por ejemplo, en epidemiología la descripción de la Dra. **Celmira Laza Vásquez**, "*La Causalidad en Epidemiología*", Investigaciones Andina, vol. 8, núm. 12, 2006, Fundación Universitaria del Área Andina, Pereira, Colombia. Con mayor alcance los documentos de la Organización Panamericana de la Salud. Boletín epidemiológico. vol. 23, No. 1, Marzo 2002. En formato electrónico en : http://www.paho.org/spanish/sha/bsindexs.htm

tuvieron escasísima aceptación en materia de Pymes y personas físicas, porque se implantó un régimen de mayorías muy rígido. La excelente idea de clasificar créditos para poder proponerles a cada uno una o varias soluciones diferentes –que es un modo apto de afrontar problemas multicausales, en todas las disciplinas- debía llevar de la mano un régimen particular de aprobación de dichos acuerdos.[24] Al imponerse para todos los casos el único régimen de mayorías del art. 45 LCQ, se limitaron mucho las posibles ventajas de la categorización por una cuestión matemática: al fraccionarse el conjunto de acreedores dentro de cada categoría, cada uno de ellos (o un conjunto pequeño de ellos) logra un mayor peso individual que el que tendrían sobre el total de acreedores, para determinar el fracaso. Eso desincentivó la categorización y la posibilidad de ofrecer propuestas diferenciadas en pequeñas y medianas empresas o en particulares.

b) El concurso en caso de agrupamiento era otra idea excelente, porque implicaba colocar dentro del método a todo un grupo de sociedades, para luego segmentar y resolver los problemas de cada componente. Algunas rigideces mencionadas en el punto anterior, se salvaron con el sistema de propuesta unificada del art. 67 LCQ. Sin embargo, la transmisión de la quiebra prevista en el mismo artículo para todo el grupo cuando uno de sus componentes cayera en ese estado durante el periodo de cumplimiento, conspiró contra la misma solución proyectada.

c) Lo mismo sucede con los derechos otorgados a los trabajadores por la ley 24.522, luego aumentados por la ley 26.086 y la ley 26.684. Al no discriminarse en el concurso preventivo entre *trabajadores en actividad* dentro de la empresa y *créditos laborales de relaciones extinguidas*, la aceleración del cobro de estos últimos (pronto pago, art. 16 LCQ), conspira contra la estabilidad en el empleo de los primeros; lo mismo en las hipótesis de salvataje (art. 48 bis LCQ) aunque la distinción resulta eficaz –y tardía- en la propuesta de trabajadores del establecimiento sobre los bienes desapoderados en la quiebra (Art. 187 LCQ), pero la distinción vuelve a desaparecer en la continuación de la empresa en quiebra

24 La ley 19.551 tenía mayorías morigeradas para el caso de las esperas y propuestas de pago íntegro (arts. 55 y 56).

del art. 189 LCQ. Ídem el establecimiento de requisitos como el número de 20 trabajadores del art. 288 inc. 3ero para los pequeños concursos, que generó más despidos en las Pymes, que soluciones, es otro ejemplo claro de contrasentido.

d) La idea de interesar a los acreedores en un salvataje (art. 48 LCQ) para el caso en que el concursado no consiguiera conformidades, fue otra gran idea. Pero la falta de claridad de la norma (en especial en materia de adquisición por trabajadores), la escasez de información contable y fiscal fidedigna desde el inicio del proceso concursal y las confusiones en torno a la adquisición de la sociedad dificultaron el método, de modo que una solución en beneficio de acreedores, terminó por conspirar contra estos últimos porque se carece de certeza en que la decisión de un grupo de acreedores, realmente beneficie al resto.

e) El acuerdo preventivo extrajudicial (APE), que promovió la desjudicialización de las soluciones concursales funcionó para grandes empresas. La idea de desjudicializar los procesos es toda una tendencia que en nuestro continente recaló con cierto éxito por ejemplo, en el Perú (ley 27.809), pero ello supone que se exijan ciertos *contenidos básicos de la propuesta de reorganización* (ejemplo, art. 66 de la ley peruana sobre el contenido mínimo del Plan de Reestructuración; **ídem** art. 33 de la Ley de Colombia) de modo que los acreedores que no formaron parte del acuerdo, tengan tutelados sus derechos y facilitar la homologación judicial. La norma libertaria del art. 71 LCQ argentina, termina fulminando estas dos cuestiones.

f) En materia de créditos fiscales de los tres órdenes de Gobierno y que corresponden a muy variadas causas, la ley lo único que generó, fueron privilegios y preferencias (arts. 140 inc. 4to. 241 inc. 3ero, 246 inc. 4to. LCQ), incluyendo un mecanismo informativo tutelar peculiar durante el concurso preventivo (art. 14 inc. 12, LCQ). Pese a que son prácticamente créditos extranconcursales, por su naturaleza privilegiada y por su indisponibilidad (que provoca la necesaria adhesión a planes especiales de cumplimiento con límites de cuotas inflexibles cualquiera sea el monto de las deudas), los incluyó de manera irrazonable en el mismo sistema de verificación del resto de los créditos (art. 32 y ssgtes. LCQ); lo cual genera

toda clase de problemas[25] que provocan incertidumbre respecto del valor real de los activos del concursado alcanzados por dichos privilegios.

Habiendo reseñado estos métodos y algunos de sus problemas, es preciso que analicemos si el APE, el concurso preventivo y la quiebra serían útiles para tratar la actual crisis económica que sufren nuestras empresas y conciudadanos, derivada de la de las restricciones a la actividad económica por la pandemia Covid-19.

En primer término es necesario considerar que el concurso preventivo y la quiebra son procesos cuyo presupuesto sustancial objetivo es el estado de cesación de pagos, que está referido a la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles y que es, como lo hemos descrito, multicausal en el mundo moderno; recordemos que sobre el susodicho estado el art. 1ero. de la LCQ dice "cualquiera sea su causa".

El APE aligera un poco más esa exigencia, pues el art. 69 requiere de estado de cesación de pagos o dificultades económicas y financieras, pero exige que sean de *carácter general* respecto del patrimonio del sujeto y están indudablemente referidas a obligaciones exigibles, pues el acuerdo se celebra con acreedores de créditos con ese carácter (arts. 72, y 73 LCQ).

Como puede verse hay dos cuestiones sustanciales que fallan para que los procedimientos concursales resuelvan el problema de la crisis actual: muchas de las obligaciones supuestamente incumplidas en la situación de pandemia (*caso fortuito*, art. 1730 CCC) son total, parcial o temporalmente inexigibles (*imposibilidad de cumplimiento*, arts. 955 y 956 del CCC), en muchos contratos de donde surgirían las obligaciones supuestamente incumplidas existe *frustración de su finalidad* (art. 1090 CCC), o están alcanzados por la *imprevisibilidad* (art. 1091 CCC), o son susceptibles de *renegociación*, cuando son contratos de larga duración (art. 1011 CCC), etc.

25 En particular: verificaciones con tomas de pantalla y títulos ejecutivos causales, incidentes de revisión eternos y toda clase de distorsiones entre los procedimientos administrativos y los judiciales.

El proceso concursal no está concebido para tratar ese tipo de cuestiones. Si bien ni el concurso preventivo ni el APE hacen exigible por sí a los créditos (art. 353 CCC) porque no hacen caducar los plazos de las obligaciones, sin embargo son procesos que tratan de resolver cuestiones derivadas de obligaciones exigibles o de obligaciones que, cuando tengan ese carácter, junto a otros factores, producirán una crisis económica aguda o la insolvencia.

Los procedimientos concursales fueron diseñados, bien o mal, para situaciones de insolvencia dentro de la normalidad del tráfico, esto es, cuando el mercado fija las condiciones de los intercambios. No están diseñados para considerar las consecuencias económicas de hechos fortuitos, tales como pandemias, guerras o revoluciones, donde es el Estado quien fija las condiciones de ejercicio de la actividad económica que se trate.

Los principios de universalidad y de concursalidad en los procedimientos concursales están íntimamente relacionados con el carácter general extensivo del estado de cesación de pagos y poco tienen que ver con la situación patrimonial actual de empresas y consumidores, que frente a una causa determinada (la cuarentena derivada de la pandemia que comporta caso fortuito, en la mayoría de las actividades), han elaborado del modo en que han podido, un plan de contingencia -así como se han cuidado de los contagios del virus- para poder sobrevivir, seleccionando obligaciones que han honrado y algunas que no, según un orden de necesidad acorde a las condiciones del momento.

Esas condiciones las ha impuesto el propio Estado y no se derivan del mercado: en primer término ha impedido o restringido el desarrollo de las actividades económicas; en algunos casos ha transferido las consecuencias del caso fortuito, por ejemplo obligando a mantener las relaciones de trabajo, impidiendo los despidos y las suspensiones, y otorgando subsidios para que se puedan pagar los salarios; en otros casos ha elaborado planes para aligerar la presión fiscal postergando vencimientos y refinanciando pagos; también ha procurado (con suerte diversa) que sujetos de derecho privado (bancos y entidades emisoras de tarjetas de crédito) concedan planes de financiamiento de obligaciones, etc.

Por otra parte no es un secreto que los procedimientos concursales son onerosos, una regla que también tiene que ver con que es el mercado quien pone las condiciones en las situaciones de insolvencia en el tráfico normal. Renegociar los términos de las obligaciones en el contexto concursal es un precio muy caro, cuando el deudor está afectado pro imposibilidad temporaria o definitiva de cumplimiento de sus obligaciones.

También, y en parte con motivo en la multicausalidad que ya mencionamos, son lentos: la sindicatura y los jueces se enfrentan a las situaciones de crédito más disímiles, casi ninguna reconoce una causa única y por ello cada crédito tiene un tratamiento particular, lo cual provoca dilaciones y demoras; el concursado debe categorizar a sus acreedores para poder ofrecer propuestas diferenciadas para luego lidiar en una negociación muchas veces difícil con cada uno de ellos durante el periodo de exclusividad; en la quiebra existen diferentes efectos sobre los contratos y relaciones jurídicas preexistentes, etc.

Si el concurso preventivo fuese un posible remedio, imagínese la situación del juez y de los acreedores cuando los créditos sean observados en los términos de los arts. 955, 956 y 1730 del CCC que ya hemos comentado. Se comprenderá que es una solución sobreabundante y onerosa.

Por último, tanto el concurso preventivo como la quiebra restringen temporalmente la posibilidad de pago de créditos por causa o título anterior a la presentación concursal, provocando que el sujeto concursado sea un auténtico escollo en el tráfico de un mercado debilitado, aun cuando el sujeto conserve cierta aptitud disminuida para pagar sus créditos y tenga elaborado un plan para afrontar su crisis.

Como puede concluirse, los procedimientos de la LCQ no serían los más adecuados para tratar la situación de empresas y ciudadanos que soportan las condiciones económicas penosas que se han impuesto a causa de la Pandemia Covid-19.

Como ya lo hemos manifestado no quiere decir esto que, cuando la situación económica se normalice y vuelva a ser el mercado quien principalmente ponga las condiciones de ejercicio de la actividad

económica y ya la pandemia y las restricciones a las actividades económicas hayan quedado atrás; no sea necesario aplicar los procesos concursales a situaciones auténticas de cesación de pagos, quizás modificando la ley 24.522 para adecuarse al CCC y al s. XXI, reconociendo de una vez por todas la multicausalidad en procura del reflotamiento de las empresas en crisis o la liquidación de activos maximizados, como lo hemos ya propuesto con anterioridad a este trabajo[26].

Pero en la actualidad, resulta necesario hallar un tipo de procedimiento que despeje rápidamente la incertidumbre acerca de los contratos y las obligaciones afectadas por el caso fortuito derivado de la pandemia, con el norte puesto en el Código Civil y Comercial y no en la ley concursal, para lo cual abriremos capítulo.

La propuesta de un procedimiento de adecuación de relaciones afectadas por la Pandemia Covid 19.

Como hemos dicho el Código Civil y Comercial de 2015 (CCC) dispone que las obligaciones afectadas por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730 CCC) se extinguen sin responsabilidad por imposibilidad de cumplimiento, cuando esta es sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva respecto de la prestación (art. 955 CCC). Si la imposibilidad es temporaria, solo tiene efecto extintivo si el plazo es esencial (art. 956 CCC). El contrato del cual deriva esa obligación se puede suspender en su cumplimiento para no perjudicar a ambas partes (arts. 1031/2 CCC).

Esto puede tener reflejo posterior en una resolución del contrato por frustración (art. 1090 CC) o su adecuación por imprevisibilidad (art. 1091 CCC), que supone un reajuste de las prestaciones de las partes, o en la renegociación del contrato, si es de larga duración (art. 1011 CCC).

La idea de readecuar obligaciones y contratos con motivo en la Pandemia ya ha sido desarrollada por destacados civilistas. Ha definido el Dr. Lenadro Vergara, por ejemplo, que "…la readecuación es una modificación en alguno de los elementos del contrato, un

26 Nuestro trabajo junto a **Ariel G. Dasso (h)** "El derecho concursal argentino y la pandemia de COVID-19: propuestas de mejora" publ. en diario LA LEY de 24/04/2020 , 1 (LA LEY 2020-B , 999, AR/DOC/1234/2020).

cambio en su contenido. La readecuación contractual puede estar dispuesta por voluntad de las partes a través de un proceso de negociación u originarse en una ley que imponga coactivamente una modificación de los términos contractuales. Por último, en ciertos casos, el juez está igualmente habilitado para ordenar una readecuación, desde luego, a pedido de parte. Cada variante de readecuación tiene sus peculiaridades y, por supuesto, sus límites"[27].

La idea parte del respeto al principio de conservación del contrato (art. 1066 del CCC) y al deber de obrar de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 9 CCC) y se impone cuando acontecimientos extraordinarios como los que estamos viviendo obligan a suspender o interrumpir el cumplimiento de las obligaciones temporariamente (arts. 955 y 956 CCC), cuando se modifica sustancialmente la finalidad del contrato (art. 1090 CCC), una de las prestaciones se convierte en excesivamente onerosa por este acontecimiento imprevisto (art. 1091 CCC), o se impone como deber de renegociar en contratos de larga duración (art. 1011 última parte CCC).

Un proceso general destinado a declarar extinguidas obligaciones por imposibilidad definitiva de cumplimiento o adecuar un contrato por imprevisibilidad con motivo de la Pandemia Covid-19, o habilitar su renegociación, debe presentar a nuestro entender estas características generales:

1) Debe ser transitorio: Se trata de una norma procesal destinada a establecer un proceso de crisis que no es definitivo, sino que la actividad económica volverá a la normalidad cuando los efectos biológicos de la pandemia se hayan solucionado, sea a través de medidas de prevención bioquímicas como lo son las vacunas, que hagan regresar la situación al periodo anterior a la pandemia; o porque la actividad económica se recondujo con otro tipo de características, como sucedería si persistiera el ASPO como medida general por razones biológicas permanentes y todos los vínculos comerciales se volcaran hacia el comercio electrónico, como una nueva normalidad. Existiendo ya información científica acerca de que una vacuna podría comenzar a aplicarse en el primer trimestre de 2021, existe ya un indicio de frontera temporal de esta crisis.

27 **Leandro Vergara** "La readecuación contractual" publ. en La Ley 10/08/2020, 1.

2) Debe surgir de normas locales: Al no tratarse de situación de "bancarrota" del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional y no derivarse la crisis del estado de cesación de pagos multicausal, sino provocada por un caso fortuito del Código Civil y Comercial; quien debe diseñar el procedimiento son los gobiernos locales, como sucede con toda normativa procesal que debe aplicar derecho común. Además sucede que cada provincia ha sufrido la pandemia de un modo diferente, posee un sistema judicial distinto en cada jurisdicción, con medios y recursos particulares, por lo cual un régimen general no parece ser aconsejable.

3) Debe ser rápido y electrónico: No pueden ser procesos que se prolonguen innecesariamente en el tiempo y cada jurisdicción debe adecuar los medios a los fines propuestos. Lo ideal es que sean fundamentalmente electrónicos, de manera que la idea de transitoriedad que establecimos en el primer punto, sea respetada. Si existe ya la certeza acerca de que una vacuna estará disponible en el primer trimestre de 2021, no parece razonable que la extensión de los nuevos plazos para el cumplimiento de las obligaciones vaya más allá de los dieciocho meses de concluido el trámite, salvo acuerdo entre las partes.

4) Debe ser económicamente sustentable: Esto significa que ni los impuestos, ni las costas deben ser un obstáculo para el acceso a la jurisdicción, ni deben existir profesionales que deban sostener el proceso de manera irrazonable, como a veces sucede con la sindicatura en los concursos preventivos y en las quiebras. Si el juez debe imponer un tipo determinado de interés, no debería ser superior a la tasa pasiva para depósitos a treinta días de Bancos oficiales (el interés de plazos fijos), salvo que exista un motivo fundado para apartarse de esa tasa.

5) Debe responder a los criterios básicos de los procesos dispositivos: Un proceso de este tipo debe poder aprovechar algunas características de los procedimientos colectivos concursales, pero sin abandonar las notas salientes de los procesos dispositivos. Debe poder ser renunciable, no debe estar regido por la universalidad, ni por la concursalidad. Pero debe ser un tipo de proceso que se ejerza por única vez respecto de una o varias obligaciones, pues se trata de una solución transitoria para resolver un problema ex-

cepcional.

6) La sentencia debe sostenerse en criterios claros y objetivos: Se ha dicho con acierto que "…un derecho desarrollado debe suministrar criterios de interpretación que sean previos a la resolución del caso. Ello da seguridad y previsibilidad. Los criterios deben aplicarse utilizando parámetros fundados, susceptibles de prueba y, por consiguiente, que permitan su aprobación y crítica. De otro modo, serían arbitrarios. En este punto hay que cuidarse, incluso, de la sobreutilización de los criterios de equidad y justicia a secas, cuando se presentan indeterminados, sin mayores explicaciones o apoyados en la autorreferencia. Es más, el uso de, p. ej., partir la diferencia, pagar la mitad u otros son fórmulas que dan cuenta del fracaso de otros criterios…"[28] Esto significa que la normativa procesal debería indicar límites y pautas de readecuación razonables para la situación que estamos viviendo: por ejemplo, plazos límites de cumplimiento, número de cuotas o tasas de interés mínimas o máximas.

Si se siguen las pautas del Código Civil y Comercial, un proceso de este tipo debe asegurar estos tres principios cardinales:

a) El respeto por la buena fe: la primera norma en materia de ejercicio de derechos es el respeto por el principio de la buena fe (art. 9 CCC). Cualquier procedimiento que se diseñe debe tener por norte evitar actos de mala fe, que se configuran cuando el sujeto hace ejercicio de modo antifuncional de un derecho a sabiendas, o teniendo el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc., relevantes para el derecho a la luz de las particularidades propias del acto jurídico que se trate[29].

28 **Leandro Vergara** "La readecuación contractual" publ. en La Ley 10/08/2020, 1.
29 **Pascual E. Alferillo**, "Reflexiones sobre la vinculación de la 'mala fe' con los factores de atribución subjetivos", en Córdoba, Marcos M. (dir.)–Garrido Cordobera, Lidia M.–Kluger, Viviana (coords.), "Tratado de la Buena Fe en el Derecho", Ed. La Ley, 2004, p. 219; Conferencia de Ingreso como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título "Reflexiones sobre la mala fe", Anales, año académico 2003, Córdoba, p. 151 publicado en Anales, año académico 2003, p. 151, página web www.acader.unc.edu.ar; Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo-junio 2005, p. 23; "La mala fe", 122 Vniversitas 441-482 Colombia (2011); "La mala fe en la celebración de los contratos", Revista Iberoamericana de Derecho Privado, nro. 1, mayo 2015, Buena Fe

b) Debe perseguir la búsqueda por la verdad objetiva: no hay obrar de buena fe, si se admite que las partes mientan o falseen la verdad en los procedimientos judiciales y en este proceso no habrá tiempo disponible para lidiar con falsedades. La gran deuda de la justicia argentina y de la abogacía en general con la sociedad, no es otro más que el tema de la verdad y esta es una oportunidad para encaminar esa cuestión y diseñar un procedimiento que tenga por fundamento el respeto por la verdad material y sanciones severas en caso de falsedad[30].

c) Debe prevenir el ejercicio abusivo de derechos: el CCC no ampara el ejercicio abusivo de derechos y los jueces deben ordenar lo necesario para evitar los efectos de ese tipo de conducta o situación jurídica abusiva.

Como consecuencia de lo expuesto, un procedimiento con estas características debería aprovechar algunas de las experiencias exitosas de la técnica concursal en el tratamiento colectivo de créditos y consistir en lo siguiente:

1) La demanda: El damnificado por la situación de pandemia, debería promover su demanda indicando bajo declaración jurada qué obligaciones deben ser declaradas extinguidas o suspendidas temporalmente en su cumplimiento por caso fortuito y de qué modo se propone cumplir con las obligaciones suspendidas, indicando su monto y causa y el domicilio de cada acreedor, individualizando cada obligación en detalle y el contrato a que accede. Debe explicar las razones objetivas de esa situación, las restricciones que ha sufrido en su actividad y acompañar toda la prueba documental a su respecto, con dictamen de contador público. La falsedad en su declaración jurada, en cualquiera de sus puntos relevantes, debe conllevar:

Contractual, 13/05/2015, cita: IJ-LXXVII-786, entre otras publicaciones.

30 **Michele Taruffo** ha escrito obras maravillosas en tal sentido desde su más conocida "La Prueba" (trad. L. Manríquez y J. Beltrán Ferrer, 2008), hasta "Simplemente la verdad", (trad. D. Accatino Scagliotti, 2010) ambas publicadas en edit. Marcial Pons y que corresponde considerar en este tema. En esa última obra, dice Taruffo: "Naturalmente, nadie habla de verdades o de certezas absolutas, que son "privilegio del fanático"….nadie piensa en correspondencias automáticas entre el pensamiento y el mundo o entre el lenguaje y el mundo, que serían típicas de un realismo ingenuo insostenible o de un fisicalismo radical… Se perfilan en cambio formas de un realismo crítico…que, aunque con variantes, convergen en puntos de gran relevancia".

a) La exigibilidad inmediata de todas las obligaciones como de plazo vencido, con más un interés elevado;

b) Una multa en favor de los acreedores;

c) La fijación de esa multa debe acarrear la responsabilidad solidaria de los profesionales que hayan intervenido (abogado y contador, en su caso), a menos que demuestren haber sido engañados por el deudor.

La demanda debe acompañarse de un monto destinado a atender los gastos de un eventual peritaje contable o económico (que se restituirá al actor si resulta ser innecesario), constituir domicilio electrónico y denunciar una CBU desde la cual efectuará los pagos que propone realizar. No se admitirá otro medio de acreditación de pagos, más que a través de ese canal bancario.

2) Escudo protector e integración de la litis: Activada la jurisdicción el juez debe dictar una medida cautelar del estilo del "escudo protector"[31] que la doctrina ha propuesto como un "stay" o especie de prohibición de innovar, con el fin que los acreedores alcanzados no puedan agredir o trabar medidas sobre el patrimonio del damnificado y ordenar las notificaciones a los acreedores a los domicilios denunciados por el damnificado, cuya notificación deberá asumir el actor en un plazo de no más de diez días hábiles, bajo apercibimiento de desistimiento de la presentación respecto del acreedor no notificado en plazo. Los acreedores, una vez notificados, tendrán un plazo de diez días hábiles ampliables en razón de la distancia, para formular observaciones a la propuesta del damnificado acompañando toda la prueba con que intenten valerse, con la obligación de constituir un domicilio electrónico y denunciar una CBU en la cual deberán recibir los eventuales pagos que se realicen.

3) Resolución: Integrada la litis el juez podrá resolver:

a) El rechazo de la propuesta del damnificado y la imposición de la multa si se descubriera la falsedad en sus declaraciones; o

b) La aceptación de la propuesta del damnificado, homologando el

31 **Hugo E. Richard** ¿Un escudo protector?, publ. en El Dial el 24 de agosto de 2020.

acuerdo y ordenando los pagos comprometidos o la extinción de las obligaciones mencionadas; o

c) la apertura a prueba de la causa por diez días designado al perito que evaluará la situación y estableciendo los puntos de peritaje que el juez considere necesario para aclarar los aspectos que correspondan y sobre los cuales tenga dudas razonables. **Ínterin** el perito realiza su trabajo, el juez debe correr un segundo traslado electrónico breve hacia las partes, para que manifiesten acerca de los puntos controvertidos y las posibilidades de superación de las controversias. Producido el dictamen, sin otro trámite, el juez debe convocar a una única audiencia de vista de causa con presencia del perito, del damnificado y de los acreedores que deseen asistir al procedimiento, donde se formularán las observaciones al peritaje y se decidirá por el rechazo o modificación de la propuesta según el criterio fundado por el juez de la causa.

El juez deberá resolver de inmediato, en estos sentidos: i) por la homologación de un acuerdo; ii) por el rechazo de la demanda y determinación de la multa que corresponda; o iii) por la imposición por parte del juez de las nuevas modalidades de las obligaciones o su extinción, si correspondiera. El Juez no podrá imponer el diferimiento en los pagos de las obligaciones exigibles más allá de dieciocho meses de emitido su fallo y la tasa de interés que imponga no puede superar la tasa pasiva por depósitos a treinta días según Bancos Oficiales, salvo motivos fundados para apartarse de esa tasa. La sentencia debe notificarla el juez electrónicamente, o ministerio legis si algún acreedor no constituyó domicilio electrónico.

1) Impugnación y segunda instancia: Dictada la sentencia, la resolución debe ser apelable con efecto devolutivo por cualquiera de las partes si homologara o estableciera las nuevas condiciones de las obligaciones alcanzadas, restringiendo la apelación a causales determinadas de impugnación del acuerdo. Si la apelación fuera introducida por el deudor con motivo del rechazo de la demanda, la apelación debe tramitar con efecto suspensivo y sin restricciones.

2) Revisión en la instancia: Los acreedores o el deudor también deberían poder en un plazo de caducidad de veinte días hábiles de notificado por ministerio legis la sentencia, revisar los créditos propios o de terceros en la instancia a través de un procedimiento individual, similar al de un incidente de revisión concursal (art. 37 LCQ) sujeto a un término de caducidad. Debe existir también la posibilidad de una acción de dolo, con un plazo de prescripción más largo, para el caso en que se descubra falsedad en las declaraciones del damnificado o de los acreedores.

3) Costos y costas: El procedimiento debe estar exento de tasas de justicia y las costas del procedimiento normal deben ser por su orden, salvo en los casos de apelaciones, rechazo de la propuesta del deudor, incidentes de revisión o de acciones de dolo donde las costas deben ser impuestas al vencido. La ley debe establecer porcentajes fijos de retribución de los profesionales por su actuación en cada caso, con cifras máximas como tope.

4) Cumplimiento: Homologado o impuesto el acuerdo, el deudor debe cumplir con los pagos comprometidos. La falta de pago debe habilitar la ejecución individual de los créditos y el damnificado podrá presentarse en concurso preventivo si su situación configura estado de cesación de pagos.

IV. Conclusiones

La actual crisis es un problema de muy difícil solución, pero debemos recordar que en la crisis de 2001 fue la justicia y la abogacía quienes se pusieron al frente de los reclamos de la ciudadanía y resolvieron en buena parte los problemas que se presentaron en ese momento.

Exigir que el derecho concursal intervenga para procurar repartos en esta crisis sería un error, pero sí el derecho concursal tiene soluciones análogas que aportar en su vastísima experiencia para tratar cuestiones donde interviene un colectivo de sujetos, para el diseño de un proceso civil dispositivo que atienda el problema que estamos atravesando.

La actual crisis derivada por la pandemia no constituye estado de cesación de pagos, en particular, porque es razonable que las obligaciones incumplidas no sean exigibles con motivo en el caso fortuito que generó la propia pandemia y la actuación del Estado y existen remedios en el CCCC para la imprevisibilidad, la frustración del contrato y la renegociación de contratos de larga duración. Por otra parte el estado de cesación de pagos es multicausal y no es reducible a una causa determinada, como lo es la propia pandemia y sus efectos.

Se puede considerar que esta situación actual es la ocasión para que el Poder Judicial (y la abogacía en particular) elaboren nuevas pautas de conducta, dentro de un procedimiento acorde que impondrá el legislador de cada jurisdicción, para reconciliarse con una sociedad que demanda soluciones y reclama por la verdad en los procedimientos judiciales.

El procedimiento que se propone en este trabajo exige sujetarse a tres principios sustanciales: buena fe, verdad objetiva y prohibición de ejercicio abusivo de derechos. Al mismo tiempo se postulan estos principios instrumentales: celeridad, economía sustentable, transitoriedad e inquisitoriedad.

Nos debemos, en homenaje a las familias de quienes han perdido la vida a causa de esta pandemia, actuar con seriedad y responsabilidad. Quienes tenemos fe en el derecho, sabemos que ello posible.

§ 1.4. Defensa del consumidor. Domicilio en los contratos bancarios

Por Dr. Horacio Pablo Garaguso y Nancy Daniela Ruiz

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

Derecho del Consumidor: la constitución del domicilio electrónico por parte del deudor en los contratos bancarios, si bien puede ser eficaz para concretar en el mismo comunicaciones o requerimientos extrajudiciales, no puede reputarse válido para legitimar y realizar notificaciones de o en, acciones judiciales.

FUNDAMENTACIÓN

Antes de entrar al tratamiento de este tema, afirmamos que nos plantea más interrogantes que respuestas, debemos informar a los colegas que es la primera vez que advertimos en un contrato bancario, la constitución por parte del deudor de "un domicilio electrónico".

La primera de tales preguntas nos lleva a pensar sobre la validez de tal constitución de domicilio electrónico por parte del cliente en calidad de "consumidor" y en tal caso establecer si puede considerarse que el deudor bancario pudo comprender los alcances de dicha constitución a todos los efectos del contrato.

El caso que traemos en análisis, se trata de un contrato bancario, por el que el Banco otorga a un deudor "un paquete de servicios", entre ellos hay una caja de seguridad, una caja de ahorro en moneda extranjera, una cuenta corriente, y dos tarjetas de crédito internacionales. Del contrato surge en las cláusulas uno y dos, que:

"I-El que suscribe, en adelante "EL CLIENTE" con domicilio real en la calle … y domicilio electrónico en "…@gmail.com". MANIFIESTA: Uno. Que los productos que integran "el paquete" los utilizará como destinatario final en su beneficio propio y/ o de su grupo familiar o social, y toma conocimiento que, en consecuencia, el contrato corresponde a la cartera de consumo del Banco, en adelante "EL BANCO". Dos. Que acepta que todas las notificaciones que hayan de efectuarse en el marco del presente contrato se realicen digitalmente al domicilio electrónico denunciado precedentemente y/o en el que con posterioridad denuncie, otorgando al domicilio electrónico plena validez y eficacia jurídica, como medio fehaciente de comunicación con los efectos de domicilio constituido, siendo válidas y vinculantes las comunicaciones cursadas por dicha vía". A su tiempo, la cláusula Tres establece: :"Que toma conocimiento que le asiste el derecho de solicitar la notificación mediante el uso del papel en cualquier momento , para lo cual deberá solicitarlo expresamente por nota".

Siendo dudoso el alcance de los términos pactados para nosotros como profesionales del derecho, no nos cabe duda, que difícilmente un consumidor bancario esté en condiciones de comprenderlo, toda vez que por un lado le dan plena eficacia a un domicilio distinto del real y que además, imponen al consumidor "la carga" de presentar nota en caso de querer ser notificado vía soporte papel-

Pues bien, afirmamos que un consumidor "bancario", que al comienzo de la contratación se encuentra en situación minori o desventajosa contractualmente frente al Banco, pueda realmente comprender no solo que es la constitución del domicilio electrónico, sino además todos los efectos que el mismo le producirá si con motivo del contrato pudiera arribarse a un proceso judicial o arbitral-

La ley de Defensa del Consumidor 24.240 en el artículo 4 establece que:

Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser

siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.250 B.O. 14/6/2016. Conforme pedido formal recibido por Nota de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación), (el resaltado nos pertenece).

Pues entonces, sin desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, que llevada al campo consumeril, evidentemente cede y debe ser de interpretación restrictiva en protección al derecho del consumidor, si aplicáramos la norma del artículo cuatro reseñada al contrato bajo análisis con relación al domicilio electrónico, entendemos que bien podría entenderse "favoris consumidor" que debería primar el domicilio real y la notificación en soporte papel por sobre la notificación electrónica, sumando que no puede pensarse que un deudor bancario de cartera general posea "token ni recursos económicos frondosos que lo igualen procesalmente con un Banco.

Sin embargo esta afirmación que propiciamos es aplicable a notificaciones, por lo que si se trata de "comunicaciones" estas podrán cursarse por la vía electrónica.

Sin perjuicio de ello, conforme el CPCPBA:

ARTÍCULO 40°: (Texto según Ley 14142) Domicilio. Toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero, deberá constituir domicilio dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal, juntamente con una casilla de correo electrónico, que será la asignada oficialmente al letrado que lo asista, donde se le cursarán las notificaciones por cédula que no requieran soporte papel y la intervención del Oficial Notificador. Estos requisitos se cumplirán en el primer escrito que presente, o audiencia a que concurra, si es esta la primera diligencia en que interviene. En las mismas oportunidades deberá

denunciarse el domicilio real de la persona representada. Se diligenciarán en el domicilio legal todas las notificaciones a domicilio que no deban serlo en el real

En consecuencia el pacto contractual no es eficiente para sustituir la exigencia prevista en el artículo 40, que demanda que en escrito judicial se indique una “casilla de correo electrónico”, que es la que corresponde al letrado que lo asiste. Tal el fundamento de la ponencia que dejamos a consideración de los colegas.

§ 1.5. Defensa del Consumidor. Gratuidad en las acciones activas y pasivas del consumidor

Por Dr. Horacio P. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

Derecho del Consumidor: la gratuidad contemplada por el artículo 53 de LDC 24240 en favor de los consumidores, tiene los mismos alcances y semejantes fundamentos a la gratuidad del proceso laboral para él trabajador. Alcanza por igual acciones en las que el consumidor demande o sea demandado y debe interpretarse como una suerte de pobreza presunta, con los mismos efectos que el beneficio de litigar sin gastos. Comprende asimismo todos los procedimientos para solucionar la Litis concursal del consumidor sobre endeudado.

FALLO

Pago de la tasa de justicia. "Sin duda, el art. 53, Ley 24240, se enrola dentro de la innegable finalidad protectoria de la ley, ordenada a promover el amplio y efectivo ejercicio de los derechos que asisten a los consumidores y usuarios. Ahora bien, el instituto de gratuidad consagrado en dicho artículo no posee los mismos efectos que el Código Procesal asigna al beneficio de litigar sin gastos. El referido beneficio de gratuidad se limita a la posibilidad de demandar sin necesidad de requerir el pago de tasa de justicia. Pero una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, las que no la de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario. En consecuencia, dado el encuadre jurídico invocado en la demanda en relación a las disposiciones contenidas en la Ley 24240, conforme texto Ley 26631, -sin perjuicio beneficio de justicia gratuita invocado por la apelante no podría tener otro efecto que el

de eximirla del pago de la tasa de justicia".

"B., M. E. vs. Bapro Mandatos y Negocios S.A. y otros s. Daños y perjuicios" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C, 16/09/2020; RC J 6027/20.

FUNDAMENTACIÓN

La que era la posición de una sola de las Salas de la Cámara Nacional de Comercio, se está generalizando. En efecto la Sala D tenía resuelta la cuestión planteada in re: "MARTINEZ EDUARDO AGUSTÍN C/NEXT CAR SRL. SUMARÍSIMO- INCIDENTE ART. 250" en fallo del 11 de julio de 2019, estableciendo una diferencia entre el "beneficio de la justicia gratuita" que asiste a consumidores o usuarios del "beneficio de litigar sin gastos", concluyendo que "el primero no se traduce en un bill de indemnidad para las asociaciones de consumidores o los usuarios quienes si bien se encuentran habilitados gratuitamente para la jurisdicción, respecto del pago de la condena en costas…solo podrán eximirse si cuentan con una sentencia firme que les acuerde la franquicia para litigar sin gastos". Conforme con este precedente y otros anteriores "las gratuidad solo alcanza al pago de la tasa de justicia". El criterio se basa en una diferencia que no surge del texto normativo, y es precisamente que lo gratuito es el acceso a la jurisdicción y no comprende "litigar", por lo que si se litiga es asumiendo las consecuencias expresadas en las costas.

Se suma ahora a esta posición la Sala A, como claramente resulta de sus términos "Ahora bien, el instituto de gratuidad consagrado en dicho artículo no posee los mismos efectos que el Código Procesal asigna al beneficio de litigar sin gastos. El referido beneficio de gratuidad se limita a la posibilidad de demandar sin necesidad de requerir el pago de tasa de justicia. Pero una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario. En consecuencia, dado el encuadre jurídico invocado en la demanda en relación a las disposiciones contenidas en la Ley 24240, conforme

texto Ley 26631, -sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva en torno a la aplicación de dicha normativa-, el efecto que el de eximirla del pago de la tasa de justicia".

Estos precedentes se alzan contra la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, la que sostiene la eximición de las costas como consecuencia de la gratuidad del procedimiento en varios casos: "Unión de Usuarios y consumidores y otros c/Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/sumarísimo" (11-10-2011) y "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ordinario" (30-12-2014). Alfredo Mario Condomí – en trabajo publicado el 21 de junio de 2019 comenta un fallo de nuestra provincia que sigue la doctrina de la C.S.J.N. y donde se lee: "el fallo perfila un alcance más amplio de la exención legal respecto del consumidor, al exceder el ámbito inicial del reclamo –relativo a la tasa de justicia-… extendiéndola a la imposición de costas… El denominado "beneficio de justicia gratuita" o "beneficio de gratuidad" concede cobertura eximente a consumidores y usuarios en reclamos individuales o colectivos, RESPECTO DE CUALQUIER IMPOSICIÓN ECONÓMICA en sede judicial, incluyendo las costas causídicas".

Tal el criterio de la Sala C de la Cámara Nacional de Comercio, expresado en términos categóricos en "ALZAGA Juan Ignacio c/ VISA Argentina S. A. y otro s/ Ordinario-Incidente" datado el 6 de marzo de 2016 al sentar la siguiente doctrina:

"La previsión contenida en la ley 24240 –art. 53- alcanza las acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva y debe ser interpretado ampliamente en el sentido que es comprensivo no solo del pago de la tasa de justicia sino también las costas del proceso…no puede entenderse en el derecho aquí aplicable que beneficio de justicia gratuita y beneficio de litigar sin gastos sean institutos procesales de entidad y finalidad diferentes".

La doctrina de las salas A y D ha sido censurada por la doctrina pues su punto de partida es una falacia: lo gratuito tiene que ver con el acceso en tanto que litigar tiene que ver con las costas. Alfredo Mario Condomí estima que: "…la pretendida diferencia entre "litigar sin gastos" y "justicia gratuita" parece basarse en una

interpretación gramatical de los textos legales, de la que se extrae una al proceso judicial incluyendo la carga de las costas, en tanto que justicia gratuita se refiere al "acceso", o sea no pagar ni tasa de justicia ni otros impuestos semejantes…".

Los gravámenes fiscales iniciáticos del proceso judicial, son además ciertamente inconstitucionales a la luz del artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, agrego por mi parte, pues contradicen su texto expreso:

"La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, **la gratuidad de los trámites** y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes…". Claro es entonces que si el acceso es irrestricto y gratuito, ¡ toda tasa de justicia contradice a la constitución local!

El derecho fondal contempla supuestos de gratuidad en materia de acciones consumeriles propiciadas por el usuario o consumidor y en procesos laborales incoados por el trabajador. Con referencia al alcance del segundo la Corte Suprema de la Justicia ha sentado una doctrina semejante a la que estoy propiciando. En efecto en "Kuray David Lionel s/ Recurso extraordinario" el tribunal cimero con voto de Elena Highton de Nolasco y adhesión de los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni, sentó como doctrina que "los trabajadores siempre gozan del beneficio de gratuidad para el reclamo de sus derechos" y el mismo alcanza los depósitos que pueda exigir la ley procesal local para habilitar recursos extraordinarios, los que no pueden ser más que materia de un litigio en última instancia. Dijo la CSJN que "la gratuidad de los procesos administrativos y judiciales es una garantía reconocida para asegurar la tutela judicial efectiva del trabajador que facilita su defensa en los reclamos que se apoyen en normas que no sean propiamente laborales o que tramiten por procedimientos judiciales distintos a los que se aplican comúnmente a los juicios laborales". En este sentido>: ¿la gratuidad alcanza los procesos consumeriles iniciados por un trabajador?

Con el criterio de las salas A y D, ciertamente NUNCA alcanzaría, aunque se tratara de un trabajador, más que al no pago de la tasa de justicia. No podemos compartir este pensamiento que

olvida que la gratuidad en los procesos consumeriles **tutela los derechos del consumidor**, para asegurar la manda constitucional de protección del consumo en todas sus formas-

El beneficio de litigar sin gastos es un instituto procesal y cada provincia lo legisla en la forma que cree más oportuna, en tanto que la gratuidad tanto en materia laboral como en la de relaciones de consumo, surge por mandato constitucional en la tutela de ciertos derechos a partir del principio de vulnerabilidad-

Si solo se tratara de "tasa de justicia" el párrafo final carecería de todo sentido, toda vez que el párrafo final del artículo 53 de la ley 24240, permite eliminar el beneficio de gratuidad si EL DEMANDADO –proveedor o empresa – puede "acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio". Si solo se tratara de la tasa de justicia o de impuestos iniciáticos del proceso, ¿cuál sería el interes del demandado? Esta norma tiene los mismos alcances que el incidente destinado a poner fin al beneficio de litigar sin gastos… ¡Debe tratarse entonces de situaciones semejantes!

En tales términos, me animo a proponer que **los concursos de los consumidores sobre endeudados gozan del beneficio de la gratuidad**.

§ 1.6. Código de defensa del consumidor. Carácter regresivo de la reforma propuesta

Por Dr. Horacio P. Garaguso y Dr. Bruno Santi Táccari

Colegio de Abogados de Azul e Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Mar del Plata y del Partido de la Costa

PONENCIA

El proyecto de Código de Defensa del Consumidor importa una regresión violatoria del principio de "progresividad" en materia de tutela judicial efectiva del consumidor de servicios turísticos, no solo porque expande su vulnerabilidad sino porque además pone en lisa y contradice el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y las Convenciones Americanas sobre Derechos Humanos de San José de Puerto Rico y la Declaración Universal de Derechos Humanos, todas convenciones con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS

El proyecto de CODIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR citado y criticado con razón por Riccardi y González Vila, pretende sustituir el artículo 53 de la Ley 24240 por varias normas especialmente los artículos 162 y 164. El primero es acertado y respeta el principio de progresividad en su primera parte. Su texto que reza:

"Principios. Normas del proceso de consumo. El proceso de consumo debe respetar los siguientes principios: 1. El de acceso a la justicia de los consumidores. 2. El de protección del consumidor, salvaguardando los derechos fundamentales y los procesal. Los jueces deben garantizar la inmediatez durante el proceso, y propender a la tutela judicial efectiva de los consumidores especialmente de aquellos con hipervulnerabilidad". Esta norma es acertada, aunque estimo que agregando calificativos al sujeto no

se expande su esencia.

El artículo proyectado continúa reglando: “En cualquier caso, a las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan la jurisdicción del tribunal competente. Si el consumidor promueve demanda solicitando se aplique el procedimiento más amplio, el juez deberá dar dicho trámite al proceso. El demandado mediante reposición que admita la demanda, podrá invocar la complejidad de la pretensión y solicitar un proceso de conocimiento más amplio. El juez resolverá de manera fundada, previo traslado al consumidor”.

Esta norma contrasta con el vigente artículo 53 LDC que establece que en las causas iniciadas regirán las normas del procedimiento de conocimiento más abreviado de la jurisdicción DEL TRIBUNAL ORDINARIO COMPETENTE. La diferencia es evidente se elimina sin dar justificación alguna la palabra ORDINARIO, lo que se ve ratificado en el artículo 164 del proyecty6o conforme el cual “Las acciones judiciales de consumo, promovidas por el consumidor o por el proveedor, tramitaran ante el juez del tribunal ordinario o FEDERAL competente en el domicilio real o legal según correspondiere”.

La eliminación de la palabra ORDINARIO y la especial referencia a la justicia federal importa una regresión en punto a la tutela judicial efectiva del consumidor, como detallaremos más adelante.

Existiendo una parte del contrato de turismo que contemple transporte aéreo o marítimo, el juez competente será el federal y ciertamente no existe en la justicia federal una localización y desarrollo que pueda comprender todas las acciones que en defensa de los derechos de los consumidores puedan efectuarse.

Además si la agencia o empresa se domicilia en una jurisdicción y el consumidor en otra la cuestión remontará su asiento a la justicia federal, con lo que se limita la tutela efectiva. En efecto la tutela efectiva no consiste simplemente en garantizar un proceso judicial que ampare al consumidor conforme los principios receptados por el artículo 162 del proyecto, deberá asegurar el acceso gratuito, continuo y permanente a la jurisdicción y la resolución en tiempo

propio de las causas plateadas. La justicia federal por ser especial carece de una organización territorial que garantice a los consumidores la tutela de sus derechos y tampoco garantiza soluciones en tiempo apropiado con doble instancia.

Tanto el PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA como el artículo 15 de la Constitución Provincial garantizan la tutela efectiva y el corrimiento con preponderancia a la justicia federal reduce la misma lo que importa una regresión que afecta la progresividad de los derechos de los consumidores los que son en la especie más vulnerables que antes.

§ 1.7. Seguro y franquicia

Por Dr. Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés Alejandro Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina y del Partido de la Costa

PONENCIA

Deberá legislarse la inoponibilidad de la franquicia en los contratos de seguros automotores obligatorio que regla el artículo 68 de la ley de Tránsito 24.449. En tanto ello no suceda la posibilidad de convenirla contractualmente en virtud de la Resolución 39927 debe ser juzgada con criterio restrictivo y será nula si fuera abusiva o desnaturalizara la función relacionada con el interés general que el legislador atribuye al seguro obligatorio automotor.

FALLO

"El artículo 68 de la ley 24449, delega en cabeza de la Superintendencia de Seguros de la Nación –SSN- ente autárquico dependiente del Poder Ejecutivo, con funciones de contralor y autoridad en materia aseguradora, la facultad de reglamentar las condiciones respecto del seguro en cuestión. Ello ha llevado a considerar, según un sector de la doctrina, que de acuerdo a la normativa legal vigente (Art. 68 Ley 24449, Resolución 39927 SSN y complementarias) las franquicias de los seguros obligatorios de automotores son inoponibles a las víctimas de los siniestros, y que, atento a que son legalmente considerados como consumidores, por directa aplicación del Art. 7 del Código Civil y Comercial, dicha inoponibilidad es retroactiva, debiendo aplicarse a los juicios que se encuentren actualmente en trámite. Ninguna duda cabe, entonces, que el régimen legal vigente establece con toda claridad que –sin perjuicio de mantenerse la validad de la franquicia pactada entre las partes, al establecer la obligación de reembolsar- los terceros

damnificados se encuentran legitimados para reclamar a la aseguradora el pago completo del resarcimiento que les corresponda".

In re: "S., M.T. c/Oviedo Miguel Darío y otros s/Daños y Perjuicios", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J. Fallo del 12 de marzo de 2020. R.C.J. 3635/20.

FUNDAMENTACIÓN

El fallo en cuestión agrava la situación que se plantea con relación a las franquicias en el seguro de responsabilidad civil obligatorio regulado por la ley 24449, y sostiene la posición plenaria de la Cámara Nacional Civil, aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya revocado aquel fallo y otros posteriores en la misma dirección: se trata del Plenario "Obarrio" y del precedente "Cuello".

La franquicia es irrazonable cuando se la desnaturaliza, transformando la exoneración de la aseguradora en la regla, afectando los derechos de aquellos terceros víctimas del siniestro, respecto de los cuales el seguro es una garantía para percibir la indemnización del daño ocasionado. La irrazonabilidad se funda en el monto de la franquicia, a veces elevada y en otras exorbitante, de tal suerte que casi todos los casos quedan comprendidos en la exoneración del asegurador y pone a cargo del asegurado de la gran mayoría de los daños. De esta suerte se desvirtúa el seguro entre las partes –el asegurado no recibe casi tutela- y frente a los directos beneficiarios del sistema que son las víctimas del daño, la posibilidad de cobro de la indemnización se dificulta y relativiza.

"De esa forma quedan afectados directamente los derechos económicos de los asegurados, porque el descubierto de esos daños implica en los hechos la inasegurabilidad de los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos, con la consecuente carga económica para estas empresas –se refiere a las transportadoras de personas-que se ven en la imposibilidad de efectuar la debida previsión de los daños a través de la técnica de su aseguramiento" (Fallo "Cuello" Cámara Nacional Civil).

La doctrina plenaria de la Cámara Nacional Civil, sentada en "Obarrio" fijó la inoponibilidad de la franquicia frente a los terceros sean estos transportados o no. Varios fueron los fundamentos de dicha resolución:

• "La función del contrato de seguro queda desnaturalizada, NO SOLO PORQUE NO SE CONTEMPLAN LOS DERECHOS DEL ASEGURADO EN BUSCA DE SU INDEMNIDAD, sino que primordialmente SE VEN AFECTADOS LOS INTERESES DE LOS DANMIFICADOS por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económica y jurídica de contratar". En este sentido la reglamentación del artículo 68 de la ley 24449 contenida en la Resolución 39927 SSN que habilita una franquicia de cuarenta mil pesos – que hoy ha quedado limitada por la inflación sucedida desde su sanción- se excede y contradice el sistema que la ley pretendió establecer y sería inconstitucional.

• "El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima". Esta visión solidarista del tribunal es puesta de relieve por buena parte de la doctrina.

• La franquicia en tales términos prevista desvirtúa lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil establecido por el artículo 68 de la ley 24449. En este sentido y por la elevada franquicia reglamentariamente fijada "la gran mayoría de los daños a pasajeros o a terceros no transportados quedan a cargo de las empresas de transporte debido a que el monto de su resarcimiento no alcanza a superar dicho descubierto".

• El plenario deja a salvo que esta es una situación especial que no puede conjugarse con otros seguros en los que la franquicia será oponible a terceros y asegurados.

La Corte Suprema de Justicia revocó este fallo sobre la base de tres consideraciones. Por la primera consideró que la franquicia fijada en primer término por la resolución 25429/97 SSN era válida toda vez que el legislador delegó a la Superintendencia de Seguros, y al fijarla este organismo, solo cumplió con dicha delegación. Por la segunda estimó que la franquicia no es incompatible con el principio de reparación integral a favor de la víctima–aunque en el

caso “Ortega” sostuvo lo contrario cuando se trata de transporte ferroviario sin dar razones para el cambio- sino que la beneficia al estar enfocada en la prevención. Por último recurre al principio de la autonomía de la voluntad, porque la inoponibilidad fijada en varios precedentes, importa un apartamiento de la voluntad de los contratantes.

Frente a tal situación que afecta la seguridad jurídica se presentó un proyecto de ley que incorporaba al texto del artículo 68 de la ley 24449, conforme el cual “siendo inoponible a dichos terceros cualquier tipo de franquicia pactada en el respectivo contrato de seguro que fuera superior a la suma de cuatro Salarios Mínimos, Vitales y Móviles”. El proyecto daba legalidad al sistema de la resolución y reducía sensiblemente el monto de la franquicia toda vez que al tiempo de la presentación del mismo los, cuatro salarios se aproximaban al 50% de los cuarenta mil pesos que fijara la resolución de 1997 y que alcanzaba en aquellos tiempos a cuarenta mil dólares USA.

El proyecto de marras nunca fue considerado y estimo que no tuvo estado parlamentario, es por esos que en protección de la seguridad jurídica nuestra ponencia propicia una reforma legislativa que resguarde por igual los tres intereses confluyentes, en primer lugar de los terceros y en segundo término de las partes contratantes del seguro.

Si se decidiera por establecer la franquicia reglar que la misma sea razonable y que ella sea válida entre las partes del contrato, pero inoponible a la víctima del siniestro. Entre tanto y hasta que la cuestión sea zanjada legislativamente propiciamos:

1) Interpretación restrictiva del alcance de la franquicia,

2) Inoponibilidad frente a terceros, lo cual no quiere decir que en todo caso la franquicia sea válida entre las partes, toda vez que podrá ser declarada nula si la misma desvirtuara la función económica del seguro y violara las reglas que emergen de la ley de defensa del consumidor 24240.

§ 1.8. Seguro. Contratos de medicina prepaga

Por Dr. Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés Alejandro Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina y del Partido de la Costa

PONENCIA

Las reglas de la ley 24240 y de los artículos 1092 y siguientes del código Civil y Comercial, deberán aplicarse a los contratos de medicina prepaga, pero dentro del contexto tutelar emergente de la ley 26682, ESPECIALMENTE LOS ARTÍCULOS 9, 10, 14, 27 Y 28.

FUNDAMENTACIÓN

En un reciente trabajo Vanesa Kuvka se pregunta: ¿Son aplicables los principios consumeriles a los contratos de medicina prepaga" (Errejus, 2020, páginas 691 y siguientes), y su respuesta afirmativa apoyada en jurisprudencia, debe ser compartida-

La especialidad del contrato y su carácter normativo, construido sobre modelos establecidos por la autoridad de contralor, no es impedimento para que le sean aplicados los principios del Código Civil y Comercial, pues su punto de partida es la existencia de un servicio de asistencia médica que es ciertamente una relación de consumo a la cual el usuario debe adherir sin que le sea posible controvertir regla alguna convencional, lo que nos coloca frente a un contrato de consumo y por adhesión-

Se sigue de ello que le son aplicables como principios esenciales los que ha caracterizado la jurisprudencia, tales como la interpretación en favor del consumidor, la aplicación de la solución que más conviene al interés del mismo y en caso de duda la aplicación de la norma que ampara al consumidor descartando la que le perjudica-

Hasta aquí la coincidencia con la autora es plena, pero nos parece oportuno enfatizar la especialidad del contrato que supone una tutela más:

1) Los modelos de contratos deben estar aprobados por la autoridad de aplicación (Artículo 8 ley 26682)

2) El derecho del usuario a rescindir el contrato en cualquier tiempo con la simple comunicación con treinta días de anticipación a la empresa y por el contrario la imposibilidad de resolución por la empresa, salvo cuando haya mediado una declaración falsa o falta de pago de tres mensualidades una vez intimado fehacientemente a realizar los pagos dentro del plazo de diez días (artículo 9 ley 26682)-

3) La imposibilidad de regular carencias o espera respecto de las prestaciones comprendidas en el PMO (Programa Médico Obligatorio), tal como tuitivamente lo establece el artículo 10 de la ley 26682-

4) La edad no es causa de rechazo de admisión y para los mayores de 65 años en las condiciones reguladas por la ley 26682 (artículos 11 y 12)-

5) La tutela del grupo familiar consagrada por los artículos 13 y 14 de la ley,

6) El sostenimiento del usuario adherido grupal o corporativamente por el lapso de sesenta días de los servicios y la posibilidad ejercida dentro del mismo plazo de adherir a algún plan conservando la antigüedad (artículo 15 ley 26682)-

7) La aplicación de la ley posterior no puede perjudicar los derechos del usuario (Artículo 16 de la ley).

8) Por su parte el artículo 26 de la ley 26682 establece: “Derechos de los usuarios. Sin perjuicio de los que establezcan las demás normas de aplicación, los usuarios gozan de los siguientes derechos:

a)Derecho a las prestaciones de emergencia: los usuarios tienen derecho, en caso de duda, a recibir las prestaciones de emergencia, correspondiendo en forma posterior resolver si se encuentran cubiertos por el plan contratado- b)Derecho a la equivalencia: los

usuarios tienen derecho a una adecuada equivalencia de la calidad de los servicios contratados durante toda la relación contractual".

La totalidad de estos principios están construidos en defensa de los derechos del usuario y deben ser especialmente considerados dentro del marco negocial, se trata de un afinamiento de la tutela que de tal forma alcanza un nivel especial, lo que se justifica si tenemos en cuenta el bien que contractualmente se tutela con prioridad es la salud, sin desconocer los intereses empresarios, pero subordinándolos a la ratio del servicio al usuario.

Se trata de una relación de consumo, pero el consumo es un bien superior en la escala de los derechos y necesidades, se trata de un derecho situado en la cúspide de la pirámide de Maslov.

Refuerza esta mirada la regla del artículo 28 de la ley especial conforme la cual ella es "de orden público" se impone como imperativo y no permite una convención que contradiga sus reglas y principios.

§ 1.9. Incompatibilidad en la actuación del abogado de aseguradora y asegurado

Por Dr. Guillermo Marcos

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

PONENCIA

En determinadas circunstancias puede resultar incompatible la actuación del abogado que represente simultáneamente a aseguradora y asegurado.

Resulta aplicable la ley de defensa del consumidor.

En tal caso, el Juez debe intervenir y disponer el cese de la incompatibilidad en resguardo de los intereses del asegurado. La ponencia se vincula con una cuestión de vieja data, relativa a la representación plural en los pleitos en los que es citada en garantía la compañía aseguradora. El origen de la cuestión debe ubicarse en las condiciones de las pólizas que estipulan la opción, para el asegurado, de ser representado en el fuero civil –y muchas veces también en el represivo-, por el letrado designado por la compañía de seguros, o elegir su propio abogado, en cuyo caso debe cargar con esos honorarios.

La Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, en el año 2018, dictó sentencia en los autos: "Campos, Gonzalo Daniel v/ Villanueva Fierro, Héctor J. y otros s/ Daños y Perjuicios" (exp. nº 148.348), llegado en apelación porque se había puesto en entredicho la oponibilidad de la franquicia al tercero demandante.

A la sazón resolvió: "…Tal es la circunstancia de que el pronunciamiento criticado, en la medida en que dispone la inoponibilidad al damnificado de la franquicia obligatoria de $ 40.000 contenida en la póliza, al declarar la inconstitucionalidad del art. 4 anexo II de la Res. SSN 25.429/97, difícilmente pueda causar algún agravio a la compañía de colectivos, desde que en rigor la beneficia (art. 242 inc. 1º del CPCC)…", para añadir: "… Con lo que resulta evi-

dente que a este respecto, está representando simultáneamente a dos partes que tienen intereses encontrados, e invocando expresamente la representación de uno de ellos para abogar en su perjuicio (art. 60 incs. 1 y 2 ley 5.177)…".

La doctrina de los autores ya se había ocupado de esta cuestión: "…Siempre nos pareció que la situación del abogado de la Compañía de Seguros que —a la vez— era apoderado del asegurado en un juicio de responsabilidad civil, era de un difícil equilibrio precario, dado que —cual Dios Jano— tenía dos caras e intereses que defender simultáneamente (y que podrían estar en conflicto). Y, en el caso de límites de cobertura de la suma asegurada, cuando es irrazonable, o cuando se tiene que pedir la actualización monetaria, etc., no hay ningún tipo de dudas: existe un evidente conflicto de intereses entre la Compañía de Seguros y el propio asegurado…" (Sobrino, Waldo, "La actualización monetaria de las sumas aseguradas", Publicado en: RCyS2018-III, 251, Cita Online: AR/DOC/232/2018).

Y también existe algún precedente de la justicia nacional: En un fallo del 22 de setiembre de 2016, "M., C. D. c/ M., M.M. y otros s/ Daños y Perjuicios" la Sala "A" de la Cámara Nacional Civil sostuvo: "Es claro que la pretensión deducida por el Dr. F. O., posee intereses contrapuestos, ya que la admisión del planteo fundado en la invocación del límite de cobertura beneficiaría a la aseguradora y perjudicaría a la asegurada que debería afrontar parte de la condena que excediera de aquel", para agregar: "El mismo profesional no pudo pues intervenir por ambas partes" para finalizar declarando que: "El Código Procesal impone a los sujetos del proceso actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5º, ap. d); y también lo hace la ley 23.187 al imponer esa conducta a los abogados entre sus deberes específicos (art. 5º, inc. e]), así como la expresa prohibición de 'representar, patrocinar y/o asesorar simultánea o sucesivamente, en una misma causa, intereses opuestos' (arts. 10 inc. a] y 20 inc. g] y art. 19 del Código de Ética dictado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal)".

El tema ha sido renovado este año por la Suprema Corte, ya que, en la sentencia dictada el 24 de agosto de 2020, en la causa C. 122.594, caratulada: "Albarracín, Fernando Emilio c/ Ruiz Diaz,

Cristian David s/ Daños y Perjuicios", falló una litis en la que la aseguradora citada en garantía había recurrido una sentencia adversa. En las instancias liminares, se había condenado a una compañía aseguradora a hacerse cargo del total del monto de la sentencia por no haber podido probar cual era el límite de la cobertura.

La Corte rechazó el recurso, pero advirtió que los mismos abogados apoderados de la aseguradora habían representado al asegurado demandado, a pesar de tener una evidente colisión de intereses, toda vez que, si se estrechara el monto de la cobertura, la diferencia debería pagarla el asegurado. Así, dijo el Superior Tribunal: "…Pues bien, efectuada esta breve reseña de antecedentes, una primera conclusión se abre paso en el horizonte del análisis: nos encontramos ante un claramente reprochable desempeño de los letrados en defensa de los intereses de su patrocinado, máxime cuando tales intereses han venido a contraponerse en concreta medida a los respectivos de la compañía aseguradora a la que los mencionados profesionales venían representando…".

Para señalar más adelante:

"…A lo dicho, debo especialmente agregar que el evidente conflicto de intereses suscitado entre la compañía de seguros y su asegurado -en cuanto ha pretendido la primera ceñir su responsabilidad a los contornos numéricos de una cobertura mínima, frente a la presumible vocación de total indemnidad patrimonial de la segunda (doctr. art. 109, ley 17.418)- no debió ser soslayado por los profesionales circunstancialmente a cargo de la defensa técnica de ambas partes. En todo caso, debieron los mismos declinar -y no lo hicieron- la representación o el patrocinio ejercidos en favor de una u otra de las partes cuyos intereses se vieron claramente confrontados…".

Vale decir que estamos frente a una ardua y compleja cuestión que involucra cuestiones de ética profesional, aspectos concernientes al derecho de las obligaciones, al procesal, al derecho de seguros y también, en última instancia al derecho del consumo.

Desde el punto de vista de la ética profesional resulta de aplicación el art. 60 de la L. 5177, en tanto prohíbe a los abogados patro-

cinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultáneamente o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte, si ya hubiere asesorado a la otra y patrocinar y representar individual y simultáneamente a partes contrarias, los abogados asociados entre sí.

Y, en idéntico sentido, el art. 28 de las Normas de Ética señala que "…es contrario a la profesión representar intereses opuestos…".

Las normas citadas tienen por finalidad evitar el prevaricato, o sea que el abogado, al atender intereses heterogéneos y contrapuestos, no pueda brindar a uno de sus asistidos, una defensa eficaz.

Desde la óptica del derecho de las obligaciones, la que se encuentra a cargo de la aseguradora y la del asegurado demandado frente al damnificado, son concurrentes según lo prescribe el art. 1751 del CCC, ya que la pluralidad deriva de causas distintas, y es probable que respondan por montos diferentes[32].

En cuanto al régimen de seguros, prescribe el art. 118 de la L. 17418, que la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. Pero, entendemos que se impone visualizar el conflicto, también, desde la óptica del derecho del consumidor, puesto que, desde el precedente "Canio" de la SCBA, ya no admite discusión que, salvo que el asegurado desarrolle una actividad ajena a la descripción del art. 1 de la L. 24.240, entre este y la compañía existe un contrato amparado por ese régimen. Véase, en este sentido, la ponencia de Javier Rahman en el Encuentro de Quilmes[33].

No se contrapone a ello el precedente "Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín", del 8/04/2014, de la CSJN, ya que lo allí resuelto respecto de la irrelevancia de la reforma de la ley 24240 por la ley 26361 -sobre la base de tratarse esta última de una ley general que no puede prevalecer sobre una especial como la ley de seguro- aparece circunscripta a la oponibilidad al tercero damnificado de las cláusulas contractuales que excluyen

32 Rodriguez Saiach, Luis; "La asunción del patrocinio o representación del asegurado por la aseguradora y los conflictos de intereses que ello crea", El Dial 23/10/2020, cita online: elDial DC2C86.
33 Rahman, Javier. Las personas jurídicas como consumidoras en el contrato de seguro. Ponencia presentada en el LXXI Encuentro de Quilmes año 2020.

o limitan la prestación de las aseguradoras en la cobertura de responsabilidad civil obligatoria.

Si este razonamiento fuera compartido, las cláusulas de las pólizas de seguro que impongan al cliente la obligación de designar un abogado puesto por la empresa, deben tenerse por no convenidas, en la medida en que tal menester importe una incompatibilidad entre los intereses del asegurado y de la compañía (art. 37 de la L. 24.240). En esos casos, la compañía debe hacerse cargo de los estipendios del abogado que represente al asegurado demandado, en acatamiento de la prescripción del art. 109 de la L. 17.418, que impone a la compañía el deber de mantener indemne al asegurado.

Son supuestos de incompatibilidad los conflictos derivados de:

• Oponibilidad al demandante del límite de cobertura o de la franquicia.

• El planteo de la exclusión de cobertura.

• Caducidad del contrato por falta de pago de la prima.

• Planteo de la obligatoriedad de atender el siniestro por omisión de la carga de pronunciarse.

Por supuesto, entre muchos otros. Pero existe una hipótesis mucho más habitual, que es el desfasaje que se produce entre el monto máximo de la póliza –que permanece inalterable durante todo el proceso-, versus el monto de demanda que devenga intereses a lo largo del pleito y que, cuanto más dura este, más perjudica al asegurado y más beneficia a la aseguradora. El silencio de esta cuestión, o su planteo, por un mismo letrado, inevitablemente perjudicará a una de las partes por tratarse de intereses encontrados.

Estos razonamientos nos llevan a formular la siguiente ponencia:

En determinadas circunstancias puede resultar incompatible la actuación del abogado que represente simultáneamente a aseguradora y asegurado.

Resulta aplicable la ley de defensa del consumidor.

En tal caso, el Juez debe intervenir y disponer el cese de la incompatibilidad en resguardo de los intereses del asegurado.

§ 1.10. Contrato de transporte aéreo de pasajeros. Sobreventas de pasajes

Por Dr. Horacio Pablo Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Luciano Stanzione

Colegio de Abogados de Mar del Plata y del Partido de la Costa

PONENCIA

Lo digan como lo digan, sea en castellano o en inglés, la sobreventa de los vuelos de pasajeros, sean estos de cabotaje o internacionales, constituye un obrar desaprensivo de las empresas aeronáuticas, se trata de un obrar doloso que no puede justificarse en la existencia de una práctica comercial generalizada. Es dolo en los términos del artículo 1724 del Código Civil y Comercial y se evidencia por una manifiesta indiferencia por los intereses de los usuarios-pasajeros, que se traduce en un daño material o temporal que debe ser ampliamente resarcido, no siendo posible atenuar la responsabilidad de la empresa en los términos del artículo 1741 del Código citado.

FALLOS

1) "Proconsumer c/Compañía Panameña de Aviación S. A. s/ Sumarísimo" Juzgado Federal de 1ra. Instancia Nro. 10, citado por Daniel Vítolo en un importante trabajo publicado en ERREJUS Agosto 2020, páginas 631/639:

"El overbooking constituye una práctica comercial abusiva, que contraría los derechos de los usuarios y consumidores y torna a la empresa demandada responsable de los daños y perjuicios sufridos por los pasajeros, correspondiendo también sancionar esta conducta con el instituto del daño punitivo previsto en el artículo 52 bis de la ley 24240".

2) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, in re: **"S. D. A. c. C. B. M. - Ordinario - Daños y perjuicios - Otras formas de responsabilidad extracontractual». Fallo 28 de mayo de 2019.**

"… la conducta de la demandada fue dolosa, en los términos del art. 1724 del Código Civil y Comercial, pues "*hubo una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, esto es, una* **despreocupación por el resultado que se pudiera causar en el damnificado debido a la conducta seguida por la accionada**. *Se configura aquí lo que se conoce como* **dolo eventual** *que con la redacción actual del dispositivo legal recién citado, se lo abarca, ya que si bien en principio el dolo eventual no tiene por finalidad primera provocar un perjuicio, sí se representa la posibilidad de un resultado dañoso, sin que lo descarte el agente*".

FUNDAMENTACIÓN

En el segundo de los fallos se aplica una severa sanción contra la autora de un libelo altamente injurioso publicitado mediante las redes sociales Facebook e Instagram. En primera instancia se admite el reclamo pero se fija una acotada indemnización por el obrar culposo de la demandada. En la Alzada, el vocal preopinante es el Dr. Sánchez Torres, quien comienza por destacar que, «*teniendo en* **cuenta la fecha de la publicación (16-3-2017***) que realiza la demandada en las redes sociales recién mencionadas,* **corresponde se aplique el Código Civil y Comercial de la Nación**, *que en la parte final del* **art. 1724 define al dolo por la "producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos",** *definición que resulta parcialmente distinta a la consagrada en el art. 1072 del C. Civil de Vélez*".

En el presente caso, el camarista señala que «*e trata en mi* **opinión de una actuación dolosa por parte de la demandada, ya que a la luz del art. 1724 in fine del ordenamiento sustancial vigente, hubo una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos,** *esto es, una* **despreocupación por el resultado que se pudiera causar en el damnificado debido a la conducta seguida por la accionada.** *Se configura aquí lo que se conoce como* **dolo eventual** *que*

con la redacción actual del dispositivo legal recién citado, se lo abarca, ya que si bien en principio el dolo eventual no tiene por finalidad primera provocar un perjuicio, sí se representa la posibilidad de un resultado dañoso, sin que lo descarte el agente…

Por lo anterior, el vocal entiende que no es aplicable la atenuación se responsabilidad prevista en el art. 1742 del CC y C. pues: *"El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho.* **Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable".**

En mi opinión el obrar de la compañía aérea es doloso, y la doctrina de los fallos citados es íntegramente aplicable al resarcimiento del daño sufrido por los pasajeros. El pasaje fue adquirido para algo y ese algo es digno de la tutela legal cuando resulta vulnerado por el obrar desaprensivo de la empresa contratante. La zozobra que produce al pasajero el rechazo en las tres horas anteriores al viaje es resarcible, sea el viaje de negocios o placer, se cambia de manera injustificada el plan de vida que elabora el pasajero al elegir cierto vuelo, en un día determinado y un horario también especial, y simplemente ese daño debe ser indemnizado de manera amplia. La empresa asume el riesgo de dañar de una manera intencionada, fundada en una política comercial o para resguardar a los viajeros "clientes". Es evidente que el pasaje está pago al momento de tomar el viaje, por lo tanto que el "avión no esté completo" no perjudica a la empresa…el pasajero ausente perderá lo que ha pagado como bien destaca Vítolo en el trabajo citado, lo que históricamente se toleró, YA NO SE TOLERA MAS.

Resarcimiento integral, pleno y completo al pasajero es la respuesta que la acción simultánea de varias normas da al problema, como claramente resulta del artículo 52 bis de la LDC 24240 y de los artículo 1724 y 1741 del Código Civil y Comercial.

En este estado de la elaboración efectúo consulta a un letrado-piloto aeronáutico el Dr. Luciano Stanzione, el que me aduna los siguientes comentarios:

La sobreventa es una práctica que no puede ser justificada desde conexión alguna con la lealtad comercial u obligación técnica

derivada de la propia industria. Tampoco es un obrar negligente atribuible a una decisión operatoria ineficaz. Es el traslado premeditado del riesgo al pasajero, priorizando la decisión "angurrienta" de las compañías de maximizar el lucro comercial de todos los asientos libres, incluso los que hubieren sido ya reservados e incluso pagados por pasajeros ausentes.

La sobreventa es un cálculo auspiciado por las empresas y por IATA a nivel internacional, organismo que demuestra en cada oportunidad existente su desprecio para con los pasajeros y público en general. Un ejemplo es su tratamiento de la pandemia y el riesgo del Covid-19, el cual minimizaron y despreciaron, incluso en las etapas de mayor incertidumbre, priorizando la venta de pasajes ante el potencial riesgo para la salud de sus consumidores.

Como ejemplo de la práctica generalizada, y antes de la situación de emergencia que trajo aparejada la reducción del servicio, la sobreventa en Aerolíneas Argentinas estaba prevista en el manual de procedimientos de venta y tráfico hasta en un 10% de la capacidad del avión que realizaría el tramo. Ese índice era ajustado de acuerdo al historial de pasajeros "no show" (ausentes) en los últimos períodos.

Tal como se resalta en la ponencia, el stress que se impone al pasajero que no puede viajar por completarse el avión, es notable y se lo justifica manifestando que el objetivo no es realmente vender dos veces los asientos, si no cubrir el vacío comercial que arrojan los pasajes meramente reservados y que luego no se concretan en compra efectiva de los pasajes.

Estimo que esta práctica ha sido increíblemente tolerada por los consumidores debido a su inmersión confusa en un conglomerado de reglas que enmarcan una actividad de naturaleza básica incierta, ya que existen muchas razones "inculpables" por las cuales un pasajero puede ver retrasado o cancelado su vuelo. (Factores climáticos, operativos, aeroportuarios, técnico-mecánicos, regulatorios y de fuerza mayor). En ese contexto, las aerolíneas adicionaron unilateralmente un factor más de riesgo, la sobreventa, que sumergido en el concierto de los riesgos inherentes que afectan al contrato de transporte aéreo, ha pasado por muchos años el escru-

tinio comercial en diversos países.

Es dable destacar, como ha quedado en evidencia durante este año, en el cual se ha tenido acceso a la información financiera de muchas de las compañías aéreas, que el “negocio” de las líneas aéreas privadas no es ni la venta de pasajes, ni de los espacios de carga. Se trata de un negocio meramente financiero, por lo cual no existe ninguna justificación aceptable para “torturar” a los pasajeros en función de la comodidad en la oferta y cálculo de los pasajes.

§ 1.11. Los derechos del turista consumidor en la Ley de Emergencia Turística N°27.563

Por Dr. Carlos Ezequiel Garobbio

Colegio de Abogados de la Plata

PONENCIA

La ley 27563, "ley de sostenimiento y reactivación productiva de la actividad turística nacional", tiene por finalidad paliar el impacto económico, social y productivo en el turismo, en todas sus modalidades, en virtud de la pandemia por coronavirus COVID-19 y brindar las herramientas para su reactivación productiva. La ley en análisis intenta resolver la situación de crisis planteada en la actualidad y con motivo de la pandemia, en la relación de consumo entre los proveedores de diferentes servicios y el turista viajero consumidor.

En el título IV de la ley 27563 enuncia los derechos de los turistas/viajeros/contratantes "consumidores" ante las obligadas y previsibles cancelaciones de los diversos "paquetes turísticos o viajes u hospedajes, etc., ocurridas como consecuencia de la pandemia por el COVID-19 y posteriores postergaciones y/o reprogramaciones, y apartándose de lo establecido para los casos en que corresponde aplicar el art. 10 bis L. 24240 ante el incumplimiento de la obligación en casos que no medie caso fortuito o fuerza mayor.

Divide las soluciones de acuerdo a (1) si la contratación del turista fue realizada en forma directa con el prestador que nos brinda el servicio de alojamiento temporario o la empresa de transporte, o (2) si esa contratación se realizó mediante una agencia de viajes.

En este caso, en principio da 2 opciones; a) podrán reprogramar sus viajes o b) recibir un "voucher". Deja abierta una tercera opción la posibilidad del "reembolso" de lo pagado (total o parcial, a valores históricos), sujeto a la condición que provee-

dores de servicios hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a los mismos.

El texto de la ley es confuso, y establece varias "condiciones" para su cumplimiento.

una primer observación: es que esta ley llega muy tarde para un sector económico vital del país, el cual se estima que genera el 10% del PBI.

I. Marco legal

1-La ley 27563, "ley de sostenimiento y reactivación productiva de la actividad turística nacional", fue sancionada por el Congreso Nacional el 1/9/2020, (B.O. del 21/9/20-número: 34479-página: 3).

¿En qué circunstancias se sanciona esta ley de emergencia? Por la grave emergencia que está atravesando todo el sector de actividades turísticas (tanto directas como indirectas). Según el mensaje oficial, esta nueva norma se dicta en el marco de la emergencia pública declarada por la ley 27.541, y de la ampliación de emergencia sanitaria establecida por decreto 260/20 y sus modificatorias, la presente ley tiene por objeto la implementación de medidas para el sostenimiento y reactivación productiva de la actividad turística nacional, por el termino de 180 días, prorrogable por el mismo plazo por el poder ejecutivo.

La ley tiene por **finalidad paliar el impacto económico, social y productivo en el turismo**, en todas sus modalidades, en virtud de la pandemia por coronavirus COVID-19 y brindar las herramientas para su reactivación productiva. Artículo 2°- Finalidad. Fue reglamentada en forma parcial por el **Decreto 795/2020** (DCTO-2020-795-APN-PTE) de fecha 11/10/2020.

2- ESTRUCTURA DE LA LEY: contiene 35 arts. (33 de regulación y 2 de forma), divididos en 5 Títulos: en este trabajo, analizaremos el **"TÍTULO IV"** *Derecho de los consumidores ante reprogramaciones y cancelaciones ocurridas como consecuencia de la pandemia por coronavirus COVID-19.*

3- La crisis actual del sector turístico tiene su origen en el marco económico/financiero imperante en los últimos años, pero sin duda alguna, agravado desde principios del año 2020 por el grave impacto mundial provocado por la pandemia del Covid 19 y en particular en la Argentina, por las consecuencias del **Decreto DNU 297/2020**. (P.E.N. del 19/3/2020 Publicada en el B. O. del 20/3/20-Número: 34334- que impuso el "AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO–"ASPO". Las restricciones comenzaron a regir desde el 20 e inicialmente *"hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica"*. Conocemos que la cuarentena fue sucesivamente renovada por diversos DNU. Vigente hasta el momento de escribirse este trabajo. (22/10/20)

Resolvió que "Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. **Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas (art. 5°). Por ende, el sector turístico quedó completamente paralizado hasta el presente.**

Con respecto a la ley 27563, la mayoría de los titulares de agencias de viajes, consideran que esta norma de emergencia llega muy tarde para intentar paliar la grave crisis que afecta a un sector económico vital del país, el cual se estima que genera el 10% del PBI. Debe resaltarse que esta importante actividad se encuentra paralizada desde el 18 de marzo de 2020, momento que se decretó el mencionado "Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio".

3- Ámbito Material. Quedan comprendidos en la presente ley las actividades y rubros enumeradas vinculadas al turismo (**art. 3°).**

a) Servicios de alojamiento (hoteles, hosterías, cabañas bungalow, aparts, etc.); b) Agencias de viajes: servicios de empresas de viajes y turismo, servicios de agencias de turismo y agencias de pasajes; c) Transporte: (aerocomercial de cabotaje, terrestre de

larga distancia y servicios de excursiones y/o traslado de trenes especiales, etc.,) d) Servicios profesionales de licenciados en turismo y otros.; e) Servicios de centros: de esquí, de pesca deportiva y otros; f) Bodegas, jardines botánicos, zoológicos y parques nacionales, etc.; g) Alquiler de bienes: bicicletas, motocicletas, equipos de esquí, etc.; h) Servicios vinculados a la organización de ferias, congresos, etc.; i) Gastronomía: cafés, bares y confiterías, restaurantes y varios; j) Actividad comercial en terminales de aeropuertos, parques nacionales, y otros; k) Servicios de salones de baile y discotecas, entre otros; l) Productos regionales: la cadena de elaboración del chocolate, helados, etc.; m) Otros servicios: Venta de artículos y artesanías regionales; n) Cines, producción de espectáculos teatrales y musicales, etc.

II- ¿Qué establece la Ley 27563 sobre los Derechos de los TURISTAS consumidores ante las obligadas cancelaciones ocurridas como consecuencia de la pandemia por coronavirus COVID-19?

La ley en análisis intenta resolver la situación de crisis planteada en la actualidad y con motivo de la pandemia, en la relación de consumo entre los proveedores de diferentes servicios y el turista viajero consumidor. No lo aclara -pero se presumen- que dentro de estos artículos incluyen todos los viajes que hubiesen sido programados para cumplirse/ejecutarse **desde el 20 de marzo de 2020 en adelante**; tampoco se aclara si en caso de **nuevas programaciones**, (por ejemplo para aquellos viajes que se incentivan con el programa de preventa), qué sucede si no se pueden cumplir debido a que aún continuaría la prohibición de la actividad turística? serán alcanzados por estos artículos en análisis?

El **Derecho del Consumidor** presenta en nuestro país un complejo conjunto de normas vigentes, entre los que podemos mencionar:

1) La Constitución Nacional (arts.42 y 43).

2) Los instrumentos internacionales por ella incorporados (art. 75 inc.22).

3) La ley especial 24.240.

4) El Código Civil y Comercial.

En Argentina, desde la garantía constitucional, hasta su reciente fortalecimiento a través del Código Civil y Comercial, tiene un notorio direccionamiento en el **sentido de la protección jurídica del sujeto débil, vulnerable en las relaciones de consumo.**

A su vez nuestro país ha evolucionado en materia de **responsabilidad de las Agencias de viaje**, se trate *intermediarias u organizadoras*, y se ha pasado de una **responsabilidad de tipo subjetiva** (conf. ley 18.829 de agentes de viajes, su decreto reglamentario 2182/72 y la ley 19.918 de 1972 que receptó la Convención de Bruselas sobre Contrato de Viaje (hoy derogada), **a un sistema de responsabilidad de tipo *objetiva integral y solidaria* consagrada** en la LDC y esto es para todos los proveedores que integran la cadena de comercialización (art 40 LDC).

Actualmente no se duda en la aplicación de la ley 24.240 a los **contratos de turismo** que en un principio fue resistida y cuestionada en base a la evidente contradicción del sistema de responsabilidad provisto por el ordenamiento del consumidor frente a las leyes "especiales" de las agencias. La raíz constitucional del derecho del consumidor, ha provocado que la doctrina y la jurisprudencia no tardaran en reaccionar e *incluir al contrato de viaje en la categoría de contratos de consumo, atento el carácter de orden público de las disposiciones de la LDC (Art.65) y la jerarquía constitucional de la protección al usuario (arts. 42 y 43 CN).*

De esta manera, las relaciones turísticas, consideradas conceptualmente como relaciones de consumo, son absorbidas por la regulación protectoria y se encuentran amparadas por todos los principios y derechos emergentes de la legislación consumeril.

Encontramos entonces en la relación de *contratos con fines de turismo* **un consumidor** (turista, viajero, pasajero y/o su grupo familiar o social) y por otro lado, un **proveedor** (o varios) que serán tanto **prestadores *"indirectos"*** como las agencias de viajes (tanto las denominadas mayoristas o minoristas) como los **prestadores *directos*** de los diversos servicios que componen el concepto amplio de contrato de viaje (transporte, hospedaje, etc.).

En el **título IV de la ley 27563** enuncia **los derechos de los turistas/viajeros/contratantes "consumidores"** ante las obligadas y previsibles **cancelaciones** de los diversos "paquetes turísticos o viajes u hospedajes, etc., ocurridas como consecuencia de la pandemia por el COVID-19 y **posteriores postergaciones y/o reprogramaciones**, y apartándose de lo establecido para los casos en que corresponde aplicar el **art. 10 bis** L. 24240 ante el incumplimiento de la obligación en casos que **no medie caso fortuito o fuerza mayor**.

ARTICULO 10 bis. — Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan (Artículo incorporado por el art. 2º de la Ley Nº 24.787 B.O. 2/4/1997).

Divide las soluciones de acuerdo a (1) si la contratación del turista fue realizada **en forma directa con el prestador** que nos brinda el servicio de **alojamiento temporario** o la **empresa de transporte**, o (2) si esa contratación se realizó mediante una **agencia de viajes**.

1. Contratación Directa

Da la solución legal para los contratos turísticos que los **viajeros celebraron directamente con los prestadores,** ya sean establecimientos de **alojamiento o** con las **empresas de transporte**, sin intermediarios. El **prestador** es el encargado de *elegir cuál de las opciones brindara al consumidor* : a) La **reprogramación de los servicios contratados**, b) La **entrega de "*vouchers de servicios*"** para ser utilizados hasta doce (12) meses posteriores al cese de las medidas de restricción, c) **El reintegro del monto abonado** por los servicios contratados.

Artículo 27- Los establecimientos hoteleros de alojamiento temporario y empresas de transporte -en cualquiera de sus modalidades- que se hayan visto afectados o impedidos de prestar los servicios contratados con motivo de la pandemia por coronavirus COVID-19, y cuyos servicios fueron contratados de manera directa, **podrán ofrecer alternativamente a los usuarios las siguientes opciones**:

a) La **reprogramación** de los servicios contratados, respetando la estacionalidad, calidad y valores convenidos, dentro de un período de doce (12) meses posteriores al levantamiento de las medidas restrictivas de circulación adoptadas por el Poder Ejecutivo; (acá pacta una fecha posterior para desarrollar el servicio contratado).

b) La **entrega de vouchers de servicios** para ser utilizados hasta doce (12) meses posteriores al cese de las medidas de restricción, los cuales deberán brindar el acceso –sin penalidades- a equivalentes servicios contratados u otros que pudiera aceptar el cliente; (es una suerte de crédito a favor del viajero, atado al valor de referencia del servicio completo y no al monto nominal del viaje).

c) El **reintegro del monto abonado** por los servicios contratados mediante el pago de hasta seis (6) cuotas iguales, mensuales y consecutivas con vencimiento la primera de ellas dentro de los sesenta (60) días de recibida la solicitud de reembolso. (Este reintegro no podrá ser alterado con ningún tipo de penalidad o costo, ni incrementado por compensación alguna).

Opciones

A diferencia del art. 10 de la LDC, **que deja a elección del consumidor la solución** ante el caso de incumplimiento, la norma **deja la elección en este caso en manos del prestador**. Al menos de manera expresa, la norma **no da la posibilidad de que sea el viajero quien elija la propuesta** que mejor se adecue a sus necesidades. **Si el viajero ha perdido total interés, necesitaría el reembolso y no la reprogramación.** Ej., el viajero contrató el viaje por su luna de miel o la asistencia a un congreso que luego se celebró por zoom, por lo que en ambos casos, carece de sentido que realice el viaje **en otro momento**.

2- Contratación mediante intermediarios (agencias de viajes)

Diferencia la ley para el supuesto en que el turista/consumidor haya contratado servicios **a través de agencias de viajes** (reguladas por art. 4° Dec. 2.182/1972 de la ley 18.829) que hayan sido cancelados con motivo del COVID-19; en principio da 2 opciones; a) **podrán reprogramar sus viajes o b)recibir un "voucher". Deja abierta una tercera opción la posibilidad del "reembolso" de lo pagado (total o parcial, a valores históricos),** *sujeto a la condición que proveedores de servicios hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a los mismos.*

El texto de la ley es confuso, y establece varias "condiciones" para su cumplimiento.

Artículo 28- Contratación mediante intermediarios. En el supuesto en que el consumidor haya contratado servicios a través de sujetos comprendidos en el artículo 4° del decreto reglamentario 2.182/1972 de la ley 18.829 que hayan sido cancelados con motivo del COVID-19 **podrán reprogramar sus viajes o recibir un voucher para ser utilizado dentro de doce (12) meses** desde la finalización de la vigencia de las restricciones ambulatorias y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. **Transcurrido el período de validez del voucher sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado.**

No obstante lo anterior, los sujetos comprendidos en el presente artículo, deberán proceder a efectuar el **reembolso** a los consumidores y usuarios en el supuesto de que estos **solicitaran la resolución del contrato**, **siempre que los proveedores de servicios hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a los mismos.**

Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje efectuaran la devolución o la cuantía devuelta por cada uno de ellos **fuera parcial**, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del voucher entregado. Los sujetos previstos en el presente artículo procederán a efectuar los reembolsos citados anteriormente en un plazo no superior a sesenta (60) días

desde la fecha de solicitud de reembolso o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución.

2- 1- Sujetos alcanzados por el artículo: la norma dice "sujetos comprendidos en el art. 4º del Decreto Reglamentario de la ley 18.829" serían las **Empresas de Viajes y Turismo (EVT), las agencias de turismo (AT) y las agencias de pasajes (AP)**

¿Podrían incluirse las empresas intermediadoras de **reservas como las conocidas "Airbnb", booking" y similares?** Una aplicación literal del art. parecería dejar afuera de su alcance los contratos con intermediarios que a la luz de la ley de agencias de viajes, se comportan como agencias de viajes, desprotegiendo así a los consumidores que contraten mediante ese tipo de plataformas.

2- 2- Opciones para las partes: Reprogramación del paquete turístico o entrega de un Voucher: en este caso, el "voucher" a entregar por la Agencia, no es por "servicios" sino es **por una *suma e*quivalente a los servicios, calculada** al momento que se celebró el contrato; no es un Voucher tradicional por los servicios contratados como en el caso del art. 27 inc. b.

Esta diferencia, aparece –en principio- en perjuicio del turista consumidor de modo que el valor "histórico" de lo abonado no representará de modo alguno el valor "actualizado" del servicio en el presente (o en un futuro), sobre todo por los índices de inflación elevados y constantes en los que estamos viviendo.

Por otro lado, de acuerdo al marco legal propuesto por el CCyCN con la regulación de los contratos de consumo – art. 1092 y sgtes – y la consideración del llamado instituto de la imposibilidad de incumplimiento – arts. 955, 956 y 1732 – donde el Art 956 establece que *ante La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor en modo irreversible*.

2- 3- El viajero/turista/consumidor tendría tres opciones a saber:

a- Pactar con el agente de viajes una **reprogramación del viaje** a futuro por los mismos servicios sin gastos extras.

b- recibir un **voucher (de valor)** para ser utilizado dentro de doce (12) meses desde la finalización de la vigencia de las restricciones ambulatorias "ASPO" y sus prórrogas, **por una *cuantía igual* al reembolso que hubiera correspondido.**

c- Solicitar la **devolución del dinero abonado** por el paquete turístico, previo pedir la **resolución del contrato**, y sujeto a condiciones. Esa devolución puede ser total o parcial, y a valores históricos.

2- 4- Supuesto de pedido de Reembolso: Se supedita el reembolso al viajero a:

1) que **transcurra el período de validez del voucher sin haber sido utilizado**, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado. Y

2) los consumidores y usuarios , "estos **solicitaran la resolución del contrato"; y**

3) que el **prestador directo (de los servicios contratados) haya realizado la pertinente devolución a la agencia**.

Devolución parcial: finalmente, la ley prevé la posibilidad que el prestador directo restituya parcialmente lo cobrado (pagado por el turista), o si los prestadores fueran varios, y solo algunos de ellos restituyera lo cobrado, **el consumidor/turista solo podrá ser reembolsado "parcialmente" de los pagado a la agencia de turismo**-

De acuerdo a la LDC art la responsabilidad en las relaciones de **consumo es objetiva, solidaria e integral**, por lo que el **agente de viajes estaría obligado a la devolución de las sumas abonadas** por el viajero, sin importar si el prestador ha realizado o no el pertinente reintegro a las agencias de viajes.

Sin dudas la solución dada por la norma será cuestionable ya que presenta una protección a favor de las Agencias de turismo en detrimento de los derechos del consumidor.

III. Vigencia de estas disposiciones y sanciones ante el incumplimiento

El artículo 29 nos dice que las disposiciones serán válidas para aquellos viajes o servicios que **no hayan podido realizarse o prestarse con motivo de las restricciones ambulatorias** dictadas por el Poder Ejecutivo en el marco de la pandemia por el coronavirus COVID-19 y hasta tanto dichas restricciones continúen vigentes. Es obligación de los sujetos comprendidos instrumentar los mecanismos necesarios para que los consumidores puedan ejercer los derechos previstos.

El incumplimiento de lo dispuesto en este capítulo hará pasible a los prestadores alcanzados de las sanciones que les correspondan en virtud de la aplicación de la normativa específica que rija su actividad.

Retroactividad: la norma propone la aplicación retroactiva de sus soluciones, que es posible en nuestro ordenamiento jurídico, **pero siempre y cuando no afecte derechos constitucionales,** (Dentro de ellos encontramos el derecho a la propiedad privada (Art 17) y los derechos de los consumidores (art. 42). También nos dice el CCyC que serán de aplicación inmediata cuando sean más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Por lo expuesto, resulta cuestionable la aplicación retroactiva fijada para los art. 27 y 28 de la Ley 27.563 ya que propone un escenario menos favorable al consumidor, comparado con las soluciones que podrían adoptarse con el CCyC, con la LDC y demás normas complementarias.

IV. Conclusiones

La nueva norma **analizada en su Cap. IV pretende brindar un marco legal que atienda las necesidades de viajeros** y de los **prestadores turísticos**, buscando una solución equidistante entre los intereses enfrentados de las partes. Las soluciones propuestas **conllevan una suerte de perjuicio para los intereses de las partes en el contrato pero lo intenta realizar con el menor grado de afectación posible.**

Da margen a un gran número de reclamos atento a que la norma propone una retroactividad distinta a la permitida por el art. 7 del CCyCN, y que también se aleja de la protección del consumidor impuesta por todo el Estatuto del Derecho al consumidor constituido por la CN, el CCCN y la ley de Defensa al consumidor.

Se prevé que los servicios que fueron contratados de forma directa o bien las agencias que vendieron los "paquetes" -siendo estas intermediarias-, deberán OFRECER REPROGRAMACIONES MANTENIENDO LAS MISMAS TARIFAS VIGENTES EN EL MOMENTO QUE FUERON CONTRATADAS. A su vez se determina que el usuario contará con hasta 12 meses de finalizadas las medidas preventivas impuestas por el gobierno para el uso de estas reprogramaciones y/o vouchers emitidos por el prestador en cuestión.

Los diversos operadores del sector turismo no solo han perdido operaciones y negocios en casi todo el 2020, sino que posiblemente se extienda a gran parte del 2021, por actual inactividad, sino que –además- aplicando las presentes reglas, el día que se reactive, continuará perdiendo, ya que le es imposible sostener una tarifa vigente por casi 2 años. Según la nueva ley debería ser así. La gran pregunta que surge de esta norma: quién pagará esa diferencia?

§ 1.12. Paquete turístico, contrato de transporte aéreo y derecho del consumidor

Por Dra. Marisol Martínez

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

El artículo 63 de la ley 24.240 dispone que "para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley".

Las normas aeronáuticas no regulan la contratación del pasaje aéreo, y actos que tuvieran lugar en el espacio temporal anterior a las operaciones de embarque, todo lo cual se encuentra definitivamente fuera de la exclusión prevista por el art. 63 LDC, y por lo tanto alcanzado por la ley 24.240.

La contratación de paquete de turismo con agencia de viajes es un contrato de turismo alcanzado por las normas consumeriles.

ANTECEDENTES

Si el desarrollo del derecho del consumidor ha sido relevante hasta el punto de impactar, transversalmente, sobre el resto del derecho en su conjunto, la evolución del derecho del turismo ha sido no menos que exponencial en los últimos tiempos.

En el caso del transporte aéreo, la evolución se ve reflejada en varios convenios complementarios y protocolos que adaptaron el originario texto del Convenio de Varsovia de 1929 al correr de los tiempos y al avance de la industria, hasta llegar al actual Convenio de Montreal de 1999 sobre unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, al que nuestro país adhirió en el año 2009[34].

34 La República Argentina depositó el instrumento de adhesión al Convenio de Montreal de

El derecho del turismo en general se encuentra alcanzado por la impronta consumeril y, por lo tanto, su raigambre constitucional.

Sin perjuicio de ello, tratándose de un derecho, el del turismo, en franco desarrollo, el mismo se encuentra regulado de modo poco sistemático por distintas normas de jerarquía diversa, las que deben ser interpretadas e integradas en armónico "diálogo de fuentes" parodiando la regla de interpretación vigente que aportara en forma expresa el Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 1°.; 2° y concordantes.

En la aplicación al caso particular, la tarea no es sencilla, evidenciándose interpretaciones vacilantes, cuando no contradictorias, y aún contrarias a derecho.

Así, el caso puntual de la regulación del contrato de turismo y del contrato de transporte aéreo, a los cuales nos referiremos puntualmente, limitando la vastísima temática a su aplicación al caso particular.

Contrato de transporte aéreo, empresa prestadora, agencia de viajes y turismo

La Ley 24240, de Defensa del Consumidor, en lo que se refiere al contrato de transporte aéreo y la responsabilidad de las agencias de viajes y turismo establece que el negocio jurídico consensuado entre una agencia de viajes y su cliente no es, precisamente, un contrato de transporte aéreo, sino que la agencia se compromete a gestionar la compra de los pasajes aéreos en un determinado marco de condiciones –contrato de locación de servicios- que por su conveniencia incentivan al consumidor a tercerizar la operación.

La ley N° 24.240, en concordancia con la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 1094 y concordantes, establece claramente que es aplicable a todas las relaciones de consumo, aun cuando el proveedor esté alcanzado por otra normativa específica.

1999, aprobado por Ley 25.451, el 16 de Diciembre de 2009, por lo que la fecha de entrada en vigencia del convenio a su respecto es el 14 de febrero de 2010.

La agencia de viajes al vender cierto paquete turístico se obligó por un tercero, ofreciendo servicios de este, asumiendo así la responsabilidad frente a su cliente por el incumplimiento del tercero.

La complejidad del tráfico mercantil hace exigible una protección responsable del consumidor (ley 24240, art. 42 CN y concordantes).

El artículo 63 de la Ley N° 24.240 dispone que "para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley".

En ese sentido, la lectura del artículo conduce a sostener la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor, en subsidio de lo dispuesto en las normas especiales locales e internacionales que rigen el contrato de transporte aéreo.

La Cámara Civil y Comercial Federal se ha expedido en el sentido que la ley no se aplica en lo referente "a aquellas normas que hacen al análisis de la responsabilidad del transportista, responsabilidad esta que debe verificarse a la luz de las normas específicas que rigen la materia, como por ejemplo el Código Aeronáutico, la Convención de Varsovia, etc., por aplicación del principio de especialidad. Para todo lo demás, los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que 'consumidores' en los términos de la ley 24.240, es decir, son parte en una relación de consumo al adquirir los servicios de una empresa —en el caso, dedicada al transporte aéreo internacional—, en forma onerosa y como destinatarios finales, sea en beneficio propio o de su grupo familiar (conf. art. 1°, texto según ley 26.361, B.O. 7/4/08). Por ende, no puede sostenerse que queden excluidos, en forma total y generalizada, de las restantes disposiciones de la ley 24.240" (Sala III, Causa N°2790/12, "Fortunato José Claudio c/ American Airlines y otros s/ pérdida/daño de equipaje", 4/12/12)[35].

Nos referiremos a sentencia de primera instancia que resolvió no proceder la aplicación supletoria de la ley de defensa del con-

35 Del dictamen del Dr. Rodrigo Cuesta, Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal, en fecha 01/10/2020, autos "BARAVALLE HORACIO DANIEL c/ DESPEGAR COM AR SA Y OTROS s/ INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO".

sumidor (art. 63 LDC), por tratarse de caso de "cancelación de vuelos", la que se encontraría prevista expresamente en el Código Aeronáutico (art. 150).

Se discutió el encuadre como "cancelación de vuelos"[36], en tanto en el caso se trató de suspensión de la autorización de volar a la aerolínea por su quiebra/concurso, por la autoridad aeronáutica (ANAT), luego de desarrollar su actividad en la insolvencia durante cierto tiempo, el que resultó desconocido para el actor – consumidor- neófito en el tema, y quien, justamente por ello, recurrió al servicio de la "agencia" de viajes y turismo.

Claramente, el transporte aéreo no está completamente excluido de la aplicación de la ley de defensa del consumidor, siendo esta última supletoria, limitada a aquellos supuestos no contemplados en el Código Aeronáutico ni en los Tratados Internacionales (CNCyCF, Sala I, "Córdoba Hilda Marina Raquel y otro c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s/ Incumplimiento de Contrato", Expte. N°7999/10, del 3/10/2017).

El Convenio de Montreal de 1999, establece la responsabilidad del transportador aéreo en los supuestos de muerte y lesiones corporales de los pasajeros, desde las operaciones de embarque hasta las de desembarque, un sistema mixto que articula un tipo de responsabilidad sin limitación cuantitativa, de base objetiva cuando el daño no supera la suma de 113.100 DEG[37] y subjetivo, respecto del daño que exceda la suma indicada.

En el sistema se prevé aún la responsabilidad por el retraso en el transporte aéreo, pero de ninguna manera se incluye la regulación de la contratación, en sí misma, del pasaje aéreo, y actos que tuvieran lugar en el espacio temporal anterior a las operaciones de embarque, todo lo cual se encuentra definitivamente fuera de la exclusión prevista por el art. 63 LDC, y por lo tanto alcanzado por la ley 24240.

36 Supuesto que tiene regulación expresa en el Código Aeronáutico, y, por tanto, debió de haber sido resuelto por la propia aerolínea.
37 El DEG (derechos especiales de giro) es un activo de reserva internacional creado en 1969 por el FMI para complementar las reservas oficiales de los países miembros.

Si bien se ha dicho que el texto del Convenio de Montreal de 1999, puede no ser del todo claro, también se ha coincidido en excluir una intención de la norma de liberar de responsabilidad al transportador aéreo en los casos no expresamente previstos.

Así, si bien es reconocido el propósito de la norma de abarcar a todas las acciones relativas al transporte de pasajeros, equipaje y de carga, bajo el paraguas de ciertas reglas que han sido objeto de unificación, y que las situaciones no cubiertas por las específicas reglas que contempla el Convenio, quedarían alcanzadas por las condiciones y límites que resultaran compatibles, es indudable que las mismas habrán de ser resueltas sobre la base de normas internas o locales[38].

Contrato de turismo y agencia de viajes

El turista como consumidor, se encuentra tutelado por normas que prevalecen por razones de orden público, en caso de conflicto, habida cuenta la jerarquía constitucional de la Ley de Defensa del consumidor.

Las empresas de viajes y turismo, acreditadas ante la IATA, se rigen por la ley 18.829 y su decreto reglamentario 2182/72.

El negocio jurídico consensuado entre una agencia de viajes y su cliente no es precisamente un contrato de trasporte aéreo sino que la agencia se compromete a gestionar la compra de los pasajes aéreos bajo determinadas condiciones que acuerda con su cliente. Esto se ve corroborado por las disposiciones de la ley 18.829 y su decreto reglamentario n° 2182/72 (B.O. del 26/4/1972), que regulan la actividad de las agencias de viajes y turismo y establecen entre sus funciones la intermediación en la reserva y locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero (conf. art. 1°, inc. a] de la ley cit.) (Causa N° 7970/2014/CA3 –"Álvarez Miguel Ángel y otros c/ Despegar.com.ar S.A. y otro s/ devolución de pasajes", sentencia del 15/11/2018).

Sobre esa base, "el marco normativo para razonar este conflicto es el que rige las obligaciones de las agencias de viajes y turismo

38 Knobel, Horacio. Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, La Ley, junio 2013 (pp. 184 a 196).

frente al usuario (ley 18.829, decreto 2182/72, ley 25.997), bloque normativo que está impactado por las normas de orden público que rigen las relaciones de consumo (ley 24.240 y sus modificatorias al tiempo de los hechos críticos) y, en lo que corresponda, las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield [o el Código Civil y Comercial, según la fecha en la que acontecieron los hechos]. […] Ello significa que […] [si bien] no resulta aplicable la remisión que efectúa el artículo 63 de la ley 24.240 […] no están excluidas las disposiciones legales y Ministerio Público de la Nación constitucionales que protegen la relación de consumo…" (conf. Causa N° 7970/2014/CA3 –"Álvarez Miguel Ángel y otros c/ Despegar.com.ar S.A. y otro s/ devolución de pasajes", sentencia del 15/11/2018).

La quiebra de la compañía aérea

La responsabilidad de la agencia de turismo comprende aquella derivada de los deberes de información, cumplimiento en cuanto a asesoramiento, elección, etc.

Si bien puede no ser indubitable la responsabilidad de la agencia de turismo frente a la quiebra de la prestadora elegida, la misma puede derivarse de diversas circunstancias.

La jurisprudencia relacionada especialmente a la quiebra de la aerolínea, ha demostrado una evolución, condenándose a la agencia a responder no solo por el servicio que dejó de brindar ante el cese de operaciones, sino también por el daño moral causado. "De modo que, desde la perspectiva teórica y legal apuntada, el recurso de las demandantes debe ser estimado. El criterio de responsabilidad recién referido exhibe la "objetivización" del factor de atribución con apoyo en el citado art. 40 LDC, más allá de la atribuida negligencia de la agencia. La calidad de intermediaria de Longueira & Longueira, entonces, la coloca en la cadena de provisión del servicio de turismo frente a los usuarios y es por tal motivo, justamente, por el que resulta procedente el reproche de la parte actora formulado a raíz de la frustración de su viaje. ..Por virtud de lo expuesto, cabe revocar este aspecto del decisorio y receptar el planteo realizado por los actores contra la reclamada quien resultó responsable por el incumplimiento de la aerolínea" (CNCom. Sala F, "Marta, Roberto Germán y otro c/Longueira &

Longueira S.A. s/Ordinario", 04.06.2015).

En igual sentido: "La calidad de intermediaria de Editando S.R.L., quien gira en plaza bajo la denominación de fantasía Viajobien.com, la coloca en la cadena de provisión del servicio de turismo frente a los usuarios y es por tal motivo, justamente, por el que resulta procedente el reproche de la parte actora formulado a raíz de la frustración de su viaje. Ello, sin perjuicio del reclamo que luego pudiera dirigir la agencia de viajes contra la aerolínea. En tal contexto, juzgando que la cuestión debatida en autos se encuentra bajo la órbita de las relaciones de consumo que regula la Ley 24.240 –hoy también por el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.6994), reitero que la acción entablada por los accionantes prosperará en lo sustancial, debiendo la accionada responder en la medida de lo que se dispondrá en el siguiente considerando" (Juzg. Comercial Nro. 17 Sec. 34, "Field, Tamara y otro c/Editando SRL y otro s/Ordinario", 31.08.2015).

Caso en comentario

En el caso cuya sentencia de primera instancia se refiriera, se adujo la culpa y negligencia de la agencia en la prestación comprometida, tanto en la elección de la prestadora aérea–la que atravesaba condiciones económico financieras imposibles que atravesaba-, por no anoticiar el retiro de la licencia de vuelos de inmediato, por haber instruido al viajero el inmediato depósito en cuenta que le informara y que aparentemente sería de titularidad de la empresa ya cesante en sus pagos, tratándose de empresa que ya había públicamente incumplido en sus servicios.

En los autos mencionados, la agencia de turismo comunicó la cancelación del vuelo casi dos meses después de haber IATA informado la suspensión de vuelos de la compañía boliviana Aerosur por la ANAC, pero, lo determinante fue que la eligió para armar una ruta en dos tramos –muy incómoda para el turista novato- , luego de que hubiera cesado la misma en los sistemas compensadores aéreos internacionales, lo cual era público internacionalmente, y se había producido más de un mes antes de que el consumidor comprara su paquete turístico.

Este menosprecio es característico del factor de atribución dolo, y de la figura del daño punitivo (art. 52 bis ley 24240), atento a que la agencia de turismo cuya función es la información y asesoramiento del consumidor de turismo y la contratación de las prestaciones necesarias y adecuadas de acuerdo al deber de buena fe para el viaje que se oferta y se contrata, en el caso lo que hizo fue armar un viaje tortuoso con una compañía insolvente, que ya había incurrido en incumplimientos notorios (lo que el consumidor, por supuesto, ignorara, del mismo modo que ignoraba hasta la propia existencia de la prestadora aérea) y se había excluido del sistema de Cámara Compensadora lo cual como agencia que reparte el transporte entre dos prestadoras y direcciona el pago hacia una no puede ignorar, y lo hizo evidentemente porque debió de haber conseguido mayor ventaja económica para sí misma en perjuicio del consumidor con menosprecio de sus intereses (art. 52 bis LDC).

Inclusive en el caso fue la propia agencia quien comunicara la cancelación, ratificando la inexistencia de contratación alguna con la compañía aérea.

Se aplicó en la sentencia jurisprudencia de los años 1989 a 1993[39], la cual, inclusive, se refería a la "responsabilidad por los actos de los agentes de viajes" (sic), jurisprudencia que citara la ley 19.918 (Convenio de Bruselas), el que había sido para ese tiempo denunciado por nuestro país y, por lo tanto, no resulta aplicable.

A mayor abundamiento, el Convenio de Bruselas (ley 19918), en su art. 15 inc. 1°, establecía que el organizador de viajes que hace efectuar por terceros prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de todo perjuicio causado al viajero, en razón del incumplimiento total o parcial de las prestaciones- Siguiendo igual temperamento, responderá de cualquier perjuicio infligido al viajero en ocasión de la ejecución de estas prestaciones, salvo si el organizador de viajes prueba que se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que presta el servicio.

39 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 11187/05 del 30.11.2010; CNFed.Civ. y Com., Sala III, causa 9259/92 del 10.12.93 y 5866 del 13.11.89; Sala I, causa 6855/15 del 18.10.16.

"Es decir, el Convenio de Bruselas establecía un sistema de responsabilidad con fundamento en la noción de culpa, la que se encontraba normativamente presunta, encontrándose en cabeza de la agencia la prueba de su diligencia...la doctrina ha venido sosteniendo reiteradamente, que la responsabilidad prevista por el ordenamiento particular de agencias de viajes y turismo, conformado por las leyes 18.829 (Adla, XXX-C, 3107) y 19.918 (Convención de Bruselas) y el Dec. 2182/72 (Adla, XXII-B, 2152), es de tipo subjetiva y que se basa en los lineamientos de la "culpa in eligendo". Ahora bien, ¿cuál ha sido el fundamento legal de la conclusión precedente? Sin lugar a dudas ello encuentra sustento normativo en el art. 15 de la Convención de Bruselas, en cuanto señala que "el organizador de viajes que hace efectuar por terceros prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de todo perjuicio causado al viajero en ocasión de la ejecución de estas prestaciones, salvo si el organizador de viajes prueba que él se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que realiza el servicio" (La responsabilidad de las agencias organizadoras de viajes frente al viajero por el incumplimiento en el deber de informar; Barreiro, Karina M. LA LEY. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, CNCom., sala A ~ 2008-06-30 ~ Chiappetta, Graciela Mónica y otro c. Iquique Turismo S.A.).

Es decir que en la sentencia comentada, además de aplicarse una norma no vigente, tampoco se la aplicó de acuerdo a su normativa.

Sobre la base de este doble error de origen la sentencia incurrió en la incorrecta noción relativa a que "el agenciero de viajes" solo constituiría un mero intermediario del contrato que se celebra directamente entre el "usuario y el transportista" (sic), lo cual asimismo no corresponde a la realidad de los hechos debatidos en absoluto como quedó explicitado en el proceso y fue materia de primer agravio.

De esta manera la sentencia opera deliberadamente desligando de imputación y en consecuencia de la responsabilidad que le cabe.

El proceso tramitó por ante Juzgado Civil y Comercial Federal, en

primera instancia[40], se dictó sentencia en fecha 04/06/2019, rechazando la acción por daños y perjuicios.

Se había reclamado en base a la responsabilidad solidaria de la agencia de turismo.

La ejecución del servicio turístico por terceros prestadores no exime de responsabilidad civil al organizador del viaje, quien responde en forma directa y objetiva aunque la prestación deficiente sea ejecutada por las personas introducidas por el organizador (Ritto, Graciela. Contrato de Turismo. Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año I, N° 2, 2013 ISSN: 2347-015131).

La tutela satisfactoria y resarcitoria del usuario, es la normada por el art. 40 de la ley 24240.

El viaje combinado constituye un producto elaborado, en cuya virtud el turista se desentiende de los diversos contratos que la agencia deba celebrar para efectivizar las prestaciones ofrecidas, "elección que resulta ajena al viajero", como en la realidad de los hechos ocurrió en el caso de autos, con deber de seguridad por parte de la empresa basado en el art. 1198 del C.Civil, prometiéndose un resultado por el cual se ha abonado un precio, no pudiendo obligarse al usuario a indagar acerca de las subcontrataciones de la empresa organizadora. (Es impensable que el viajero "deba recurrir a los distintos sistemas de transportes, guías, servicios de hoteles, restaurantes, etc. para reclamar por el incumplimiento o el deficiente servicio", C.N.Civ., Sala J, in re "Felipe, Ana María c/ Turismo Río de la Plata S.A. y otro s/ daños y perjuicios", 26-03-02, El Dial- AE18DF).

Es tan impensable pretender que una agencia de viajes tuviera que asumir el servicio de transporte aéreo o los de las diversas prestadoras de servicios turísticos como prestación propia, cuanto que no asumiera ningún tipo de responsabilidad por el cumplimiento de lo prometido, o por la aplicación de las normas que regulan la teoría general de la responsabilidad civil y de defensa de los derechos del consumidor.

40 "BARAVALLE HORACIO DANIEL c/ DESPEGAR COM AR SA Y OTROS s/ INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO", Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 8.

La SCBA también fue clara al decir "La ley 24.240 de defensa de los consumidores alcanza al sector turismo, sin perjuicio de la legislación específica, la que debe ser interpretada en beneficio del consumidor (art. 37), y resulta más exigente cuando se trata de liberar de responsabilidad a los prestadores del servicio, quienes solo lo harán si demuestran que la causa del daño les ha sido ajena (art. 40)". SCBA LP C 98790 S 12/08/2009, Licciardi, Francisco c/ Fratelli de Brassi S.A. s/Daños y perjuicios.

El viajero o el turista son verdaderos consumidores, en tanto contratan a título oneroso los servicios turísticos a una empresa o a una agencia de viajes. La ley 24.240 de Defensa del Consumidor, con raigambre en el art. 42 de la Constitución Nacional, resulta el marco jurídico más adecuado para garantizar la tutela de los intereses del usuario de servicios turísticos, en tanto establece el deber de información (arts. 4º y 6º), de protección a la salud y seguridad del consumidor (arts. 5º y 6º), la nulidad de cláusulas abusivas y la interpretación del contrato a favor del consumidor (art. 7º), el poder vinculante de la oferta pública (art.7º), entre otros.

Asimismo, la ley 24.240 contempla en el Art. 3 el principio de in dubio pro consumidor, receptado también por nuestro Código Civil y Comercial en el Art. 1094, según el cual, todas normas deben ser interpretadas según el principio rector de protección al consumidor. Debiendo prevalecer en caso de dudas, lo que más favorezca a este grupo vulnerable, dada "la asimetría de la información, la inferioridad de conocimientos técnicos, el menor acceso a asesoramiento jurídico, la dispersión de los integrantes del grupo que dificulta su actuación coordinada (en oposición a la capacidad de coordinación de los proveedores), la falta de poder de negociación, y la necesidad de adquirir ciertos bienes y servicios básicos, tornan necesario el principio protectorio del que resulta una proyección del principio favor debilis y se arraiga en la norma operativa del art. 42 CN" (Rivera Julio Cesar, Medina Graciela, directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III, pág. 725).

La Directiva sobre protección del consumidor aprobadas por la ONU en 1985 afirma "el derecho del consumidor de recibir una información adecuada (Res. 39/248 de la Asamblea General, 16/4/85, art. 3).

La contratación de un tour turístico, debe ser considerado contrato de adhesión, circunstancia por la cual las cláusulas predispuestas deben interpretarse en contra de la parte predisponente (“ esa estipulación accesoria debe ser subordinada a las obligaciones principales asumidas por la empresa turística, como son- entre otras- las de asesoramiento, colaboración y control respecto de toda la documentación y trámites personales a cargo del viajero que sean imprescindibles para efectuar el tour convenido”. El incumplimiento de esta conducta contractual genera el deber de responder de la empresa de turismo por los daños y perjuicios ocasionados al viajero y su grupo familiar- Cám. Nac.Com., sala C, 20/12/2002 in re “F., M.E. y otros v. Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A”., 5/3/2003, JA 2003-I, fascículo Nº.10).

El deber de información constituye una obligación de resultado y su omisión, cuando ocasiona daños al consumidor, su grupo familiar o social, origina una responsabilidad objetiva con fundamento en el factor de atribución garantía que emana del principio de la buena fe contenido en el art. 1198 del Cód. Civil (hoy art. 961 CCCN).

(“el intermediario de viajes será responsable pues, por toda la falta que cometa en la ejecución de sus obligaciones, debiendo apreciarse dicha culpa en relación con los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes”. “Martinotti, Adalberto A. c/ Marsans Internacional Argentina S.A. y otro”, CNCom, Sala A, 25/06/2006)

Se encuentra en trámite la apelación por ante la SALA CIV. Y COM. FED. N° I, habiéndose ya expedido el Ministerio Público Fiscal, en términos favorables a la aplicación de la ley de defensa del consumidor al caso.

§ 1.13. Smart Contracts como contratos de consumo y de adhesión

Por Notaria Nancy Borka

Colegio de Abogados Avellaneda Lanús

PONENCIA

Un smart contract celebrado con un consumidor, debe configurarse sobre relaciones jurídicas sencillas y fácilmente interpretables para facilitar el deber de información. La Resolución 139/2020 reafirma conceptos del estatuto protectorio del consumidor: el proveedor de un smart contract tiene un deber reforzado de colaboración en todos los procedimientos administrativos en los que esté involucrado un consumidor hipervulnerable. Será necesario que el proveedor de un smart contract cumpla con el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato e informe en su sitio web el código del contrato, lo ponga a disposición de la autoridad de aplicación y publique el contrato de adhesión.

El Smart contract que ejecute una relación de consumo deberá cumplimentar con la Resolución 424/2020[41] y proveer el "Botón de Arrepentimiento". La opción de arrepentimiento no podrá ser ejecutada si el Smart contract ha transado bienes on chain u off chain que son consumidos en el mismo momento del contrato, anulándose así la posibilidad de revocación.

DESARROLLO

Los Smart Contracts tienen tantos amantes como detractores. Sus definiciones son innumerables y las discusiones sobre su naturaleza jurídica todavía desvelan a más de un jurista. Podría afirmarse que un Smart Contract es el programa informático inserto en una Blockchain, para que una vez que cumpla las condiciones que

41 Publicada en el BORA el 5/10/2020.

establece, se autoejecute de manera automática. Por esto puede afirmarse que son contratos electrónicos y las limitaciones a su instrumentación jurídica solo estarán dadas por la exigencia legal de cumplir con determinadas formas bajo pena de nulidad o bajo la promesa de dotar al acto jurídico de las formalidades requeridas. En nuestro país, el e-commerce y los contratos electrónicos son regulados de manera genérica a través del artículo 42 de la Constitución Nacional, las normas del Código Civil y Comercial de la Nación[42], la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Firma Digital.

El artículo 1105 CCC establece que los contratos a distancia son una especie de los contratos de consumo, y se perfeccionan sin la presencia física y simultánea de las partes, a través de la utilización de medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa. A su vez, el artículo 1106 CCC, señala que en los casos donde el Código o las leyes especiales exijan que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario, contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar. Es decir, que si no se estableciera una forma impuesta para su celebración, las partes pueden convenirla a través de medios electrónicos. Por esta razón se ha afirmado que, siempre que el tipo de contrato lo permita, si se logra instrumentar en el software el consentimiento de las partes "para crear, regular, modificar, transferir o extinguir una relación jurídica, el smart contract será un contrato en sentido legal. Caso contrario, entendemos que el Smart contract simplemente será una parte más de un contrato que usa el software como un mecanismo para la realización de ciertos actos en nombre de las partes del contrato"[43].

En la práctica, la tecnología Blockchain asegura la inmutabilidad, confirma el cumplimiento y facilita la ejecución de las obligaciones que contienen los smart contracts, pero no asevera el resul-

42 El Código Civil y Comercial regula en el Capítulo 3, Título III, Libro Tercero, a los contratos de consumo (artículos 1104 al 1116), dentro de los cuales se encuentran los contratos a distancia.
43 CHOMCZYK Andrés. Contratos inteligentes o software obediente. Fintech: Aspectos Legales Tomo II. Compiladores MORA Santiago, PALAZZI Pablo A, página 155. CDYT Colección Derecho y Tecnología año 2019.

tado de una libre negociación entre los contratantes, pues funcionan como un contrato de adhesión. Una de las partes impone el software sin ofrecer ningún tipo de negociación sobre la forma de programación. Por esta razón, los smart contracts son contratos con cláusulas predispuestas, y estarán regidos por los artículos 984 y siguientes del CCC. Nos encontraremos frente a contratos de adhesión cuando uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

El smart contract comprende tanto el código de programación como el software que descifra ese código, que acepta las condiciones y concreta el resultado. Con lo cual, el proveedor deberá tener en cuenta que conforme al artículo 985 CCC, la redacción del contrato debe ser clara, completa y fácilmente legible. La consecuencia del incumplimiento de esta previsión legal es la nulidad del contrato. En toda relación de consumo existe una situación de asimetría entre los consumidores y los proveedores de bienes y servicios. Esta situación de desigualdad es provocada por el conocimiento que posee el proveedor frente a la inexperiencia y diferencias económicas que posee el consumidor. Por esta razón el consumidor electrónico debe ser protegido en la contratación que realice dentro del entorno virtual, donde tendrá especial importancia el derecho a la información. Nuestra legislación considera como proveedor a las personas humanas o jurídicas que actúen profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. En el marco de un smart contract el proveedor puede ser quien ofrezca un bien o un servicio utilizando esta forma de contratación y/o un programador que brinde el servicio de programación de smart contracts[44].

A los efectos de cumplimentar las previsiones establecidas por el artículo 37 de la Ley 24.240 será necesario que el proveedor de un smart contract cumpla con el deber de buena fe en la etapa previa

44 En estos casos se tratará de un contrato de adhesión y deberá cumplirse con el artículo 38 de la Ley 24.240.

a la conclusión del contrato e informe en su sitio web el código del contrato, lo ponga a disposición de la autoridad de aplicación y publique el contrato de adhesión. De esta forma garantizará el deber de información, la defensa de la competencia, cumplirá con las normas de lealtad comercial e imposibilitará que el consumidor demande la nulidad del contrato.

El artículo 1107 del Código Civil y Comercial regula el deber de información para los proveedores de bienes y servicios cuando se utilicen medios electrónicos para la celebración de contratos de consumo a distancia. Los proveedores deben informar a sus clientes el contenido mínimo del contrato electrónico, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, los riesgos derivados de su empleo, quien asume esos riesgos y su facultad de revocar el contrato[45]. El derecho a la revocación de la aceptación es irrenunciable por parte del consumidor, por lo cual, en la contratación a través de un smart contract en una blockchain pública, el código fuente deberá prever esta posibilidad.

Si el smart contract comprometiera la transacción de bienes digitales que han sido decodificados por el consumidor, regirá la excepción del derecho a revocar el contrato conforme lo establecido por el artículo 1116 inciso b) del Código Civil y Comercial. Todas estas previsiones legales permiten concluir que un smart contract celebrado con un consumidor, debe configurarse sobre relaciones jurídicas sencillas y fácilmente interpretables para facilitar el deber de información, núcleo central de las normas que protegen el derecho de los consumidores.

En este sentido se ha señalado que el consumidor electrónico es un consumidor "doblemente complejo en su vulnerabilidad, ya que por una parte reviste la calidad de consumidor y por otra parte reviste la calidad de usuario de medios electrónicos. Ambas son calidades no antagónicas, simultáneas y coincidentes que acarrean cada una por su parte, vulnerabilidades específicas y propias que conjugadas resultan merecedoras de una tutela fortalecida"[46].

45 Conforme al artículo 1110 CCCN la revocación debe producirse dentro de los diez días de celebrado el contrato.
46 FALIERO, Johanna Caterina "LOS SMART CONTRACTS Y LOS DESAFÍOS QUE REPRESENTAN PARA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL E-CONSUMER: CONTRATACIÓN INTELIGENTE Y

La formación del consentimiento de un contrato inteligente se produce por adhesión. Los Smart Contracts, al estar distribuidos en redes peer to peer y basarse en tecnología Blockchain tienen el valor agregado que brinda esa tecnología (inmutabilidad, inalterabilidad, transparencia, descentralización, irreversibilidad de las condiciones pactadas), pero dicho valor no implica que el e-consumidor sea experto y comprenda la operatividad del contrato. Con lo cual el e-consumidor debe ser informado no solo sobre el producto o servicio que desee contratar, sino también sobre cómo funciona el medio en el cual está contratando y como se ejecutará ese contrato. Una relación de consumo en un entorno digital que incumpla el deber de información adecuado sobre el bien o servicio que se contrata, potencia daños irreparables. Para mitigar esa vulnerabilidad estructural, deben diseñarse herramientas específicas que logren proteger al consumidor en la contratación a distancia. La Resolución 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior[47], incorpora nueva normativa establecida por el Mercosur, con el objetivo de proteger al consumidor en el e-commerce. De esta forma se establece que en el comercio electrónico debe garantizarse a los consumidores, durante todo el proceso de la transacción, el derecho a información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor, el producto o servicio y la transacción realizada. El proveedor de e commerce deberá poner a disposición del consumidor de manera fácil de ubicar y visualizar el nombre social y comercial, la dirección física y electrónica, y el correo electrónico de servicio de atención al cliente.

El Smart contract que ejecute una relación de consumo deberá cumplimentar la Resolución 424/2020[48] y proveer el "Botón de Arrepentimiento" como link de acceso fácil y directo ocupando un lugar destacado. La opción de arrepentimiento no podrá ser ejecutada si el Smart Contract ha transado bienes que son consumidos en el mismo momento del contrato, anulándose así la posibilidad de revocación.

ASENTIMIENTO INFORMADO". Artículo en Revista de Derecho de Derecho de Familia y de las Personas, Año XII, Número 1, Febrero 2020. Editorial LA LEY, Bs. As., Argentina. Año 2020.
47 Publicada en el Boletín Oficial el 9 de septiembre de 2020.
48 Publicada en el BORA el 5/10/2020.

§ 1.14. El consumidor bursátil

Por Dr. Sebastián Scoccia

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

SUMARIO

El inversor en activos del mercado de capitales ¿es consumidor?

La ley 24.240 define al consumidor como "la persona física 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".

Nuestro CCCN lo define en forma prácticamente igual al mencionar en el artículo 1.092 que se considera tal 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"

Hechas estas consideraciones, pasemos a analizar quiénes son las personas que suelen invertir en este mundo del mercado de capitales.

Es usual que este tipo de inversores tenga cierta calificación para operar en este ámbito. ES decir, que tienen un conocimiento más allá del habitual para disponer de sus ahorros en este mercado.

Ello muchas veces nos hace pensar que dada su calificación, no los podemos tildar de consumidores.

También el hecho que sea gente con cierta capacidad de recursos económicos, lejos quizás de la imagen clásica del consumidor que solemos analizar.

En este estadio, debemos analizar si entonces corresponde aplicar normas protectorias consumeriles o no.

El precedente "Camderros, Lidia M. y Otros c/Francés Administradora de Inversiones SA y Otros s/Daños y Perjuicios" Causa 119.253,

de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires de fecha 29/11/2017 deja en claro varias cosas.

El hecho que una persona tenga ciertos conocimientos en determinada área en la que opera, no le quita el carácter de consumidor.

Quizás pueda parecernos extraño dado que un entendido en el área, rara vez debería verse engañado por un proveedor profesional. De alguna manera, podemos decir que estamos ante "profesionales".

Si lo que queremos evitar es el abuso del conocimiento de uno por sobre el otro, entonces no sería el caso.

Pero la ley plantea otro tipo de esquema. La protección ante la diferencia de estructuras de unos y otros.

El fallo de SCBA hace hincapié inclusive en el ánimo de lucro. Analiza que el consumidor puede tener ánimo de lucro en su accionar. De hecho, el plazo fijista en el ámbito bancario también tiene un ánimo de lucro, y no por eso deja de ser consumidor.

El tema es no actuar profesionalmente. Si el inversor actúa en carácter de profesional para una actividad determinada, entonces sí podemos decir que NO es consumidor. Caso contrario, mantiene ese statu quo.

Ahora bien. Ya sabemos que el inversor bursátil que actúa de manera NO profesional, es consumidor aunque tenga fin de lucro. Veremos entonces qué normas le aplicamos

Porque si bien la ley 26.831 regulatoria del Mercado de Capitales, ha afirmado como uno de sus objetivos (art. 1 inc. b) "Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor", no hay en todo el plexo normativo, alguna mención al tema. Es decir, comienza con grandes ínfulas ya en su primer artículo, lo que haría vaticinar un capítulo especial para el pequeño inversor, para el consumidor, pero lamentablemente, no se trata nada de ello en toda la ley.

Por lo tanto, pareciera que solo nos quedamos con el famoso artí-

culo 36 de la LDC. Que en su inicio menciona: "…En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo". Está claro que no estamos ante casos de operaciones de crédito para consumo pero sí podemos entender que se trata de operaciones financieras para consumo.

Ante esta circunstancia, debería ser de aplicación el resto de los incisos del articulado. Sin embargo, a poco de dar una lectura vemos que son de muy difícil adaptación a las operaciones bursátiles. Incluso, sobre el final del artículo hace mención al BCRA. Es decir, es una norma enfocada preferentemente para las entidades financieras.

Siendo así, nos tendríamos que apoyar en las normas específicas que ya hemos visto, dejan mucho que desear.

Párrafo aparte merece la lectura de los siguientes artículos del CCCN:

ARTICULO 1429 CCCN- "Normas aplicables. Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto estos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades".

ARTICULO 1820 CCCN: ".. Solo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores

¿Quiere decir esto que solo debemos apoyarnos en las resoluciones específicas que dicte la CNV sin poder utilizar las normas de consumidor del CCCN y de la LDC?

Entiendo que no. Citando a González Vila, dicha legislación tiene entera aplicación. Habrá que buscar la adaptación necesaria de acuerdo al caso concreto, pero sin duda, debemos usar las mismas.

El citado autor justifica esto en lo siguiente:

1. La regla hermenéutica contemplada en los arts. 3 y 37 de la LDC y 1094 del CCyC, en virtud del cual se establece la interpretación

e integración normativa debe realizarse de acuerdo al principio tutelar del consumidor, haciendo prevalecer en caso de contradicción normativa entre diferentes regímenes jurídicos, la norma más favorable para el consumidor

2. La jerarquía constitucional y convencional de las relaciones de consumo

3. El orden público que impera en las relaciones de consumo

4. Los derechos del consumidor tienen rango supranacional en virtud de las Directrices y Resoluciones de la ONU para la protección del consumidor

5. Los derechos del consumidor son de interés público

6. Son derechos de incidencia colectiva

Está claro que las normas protectorias citadas deben aplicarse. Máxime cuando estamos ante un momento de la economía argentina donde se está promoviendo que los particulares comiencen a invertir en títulos bursátiles, tales como fondos de inversión inmobiliarios, letras hipotecarias, fideicomisos financieros, etc.

Sin una cobertura adecuada, estos usuarios que no son tan capacitados como los que a la fecha están invirtiendo, pueden verse abusados en sus derechos.

§ 1.15. Derecho bancario. Deber de seguridad

Por Dr. Alejandro Martín Vázquez

Colegios de Abogados de Mar del Plata

PONENCIA

La responsabilidad de las entidades financieras en el marco de relaciones de consumo, es de tipo objetiva cuando se considere aplicable un supuesto de obligación de seguridad. Tal deber tiene su fuente en el art. 42 de la CN y se aplica aún a supuestos de relaciones no contractuales. No corresponde el análisis de la diligencia desplegada por la entidad, ya que resulta irrelevante para responsabilizarlo (art. 1722 del CCyC). Cuando se dan ciertos elementos, los robos en cajeros o sucursales –aun siendo previsibles- pueden configurar supuestos de causa ajena que libere a la entidad financiera, por lo que el análisis se centra en la causalidad adecuada.

FUNDAMENTACIÓN

I. Introducción. El caso

La presente ponencia se refiere al fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en los autos: "G., M. F. c. Banco de Galicia y Buenos Aires s. Daños y Perjuicios" (C. 120.989) de fecha 11 de agosto de 2020.

Los hechos son los siguientes: la actora se encontraba realizando una operación en un cajero automático y fue atacada por un asaltante que aparentaba operar con otro de los cajeros contiguos. Con motivo de dicho violento abordaje, la señora G. cayó al suelo sufriendo fractura de cadera y demás daños derivados que precisó al demandar.

La decisión tiene un voto en disidencia que rechaza la posibilidad de responsabilizar a la entidad Bancaria por el hecho. Los pilares argumentales del fallo –en mayoría- que sustentan la condena a la entidad bancaria son los siguientes:

Acreditada la existencia de una relación de consumo el deber de seguridad es de fuente constitucional —art. 42 de la CN- y también legal -art. 5º de la LDC-;

Frente al daño causado en el contexto de una relación de consumo y en ocasión de ser utilizados los servicios prestados por el proveedor, aparece incumplido el deber de seguridad inherente a este tipo de vinculaciones. Sindicado responsable, el proveedor debe acreditar para excluir su responsabilidad "que la causa del daño le ha sido ajena" (art. 40 de la LDC);

Siendo que el hecho dañoso constituyó un acontecimiento que encuadra entre las situaciones previsibles según el curso natural y ordinario de las cosas, el proveedor del servicio debió demostrar que "la causa le era ajena";

Esta carga le imponía acreditar: a) que había realizado los Estudios de Seguridad cuya realización le impone la norma "bajo su responsabilidad"; b) el resultado de tales estudios y c) la adopción de aquellas medidas sugeridas en ellos, y que razonablemente se encontraban a su alcance, de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida.

II. El Deber de Seguridad

"En pocos sistemas jurídicos la obligación de seguridad se encuentra tan arraigada como en el derecho argentino"[49].

Esta afirmación es cierta. Es quizá uno de los motivos que han llevado en una infinidad de ocasiones a realizar un análisis incorrecto de del deber de seguridad. Ello en cuanto a: 1. en qué supuestos de hecho es aplicable, 2. cuál es su fuente, 3. cuál es su alcance y 4. qué consecuencias jurídicas conlleva.

49 Picasso, Sebastián, *Réquiem Para La Obligación De Seguridad En El Derecho Común*, Publicado en: RCCyC 2015 (julio), 146.

El fallo de la Suprema Corte en análisis incurre en algunas de las apreciaciones inadecuadas que suelen hallarse en la aplicación del deber de seguridad.

Este instituto jurídico nació como una necesidad de los tribunales para dar respuesta a los daños sucedidos en el marco de relaciones contractuales –más precisamente en el contexto de la ejecución de obligación de fuente contractual- ante el sistema dualista de responsabilidad (aquiliana y de fuente contractual), cuando la prestación objeto de la obligación nacida del contrato se hallaba íntegramente cumplida.

La Corte de Casación francesa aplicó esta teoría en 1911 a los supuestos de contrato de transporte en cuya ejecución se produjo un daño físico a los transportados, aun cuando el trasporte comprometido contractualmente se había satisfecho. También se utilizó para fundar daños derivados de los riesgos laborales, que se producían en el contexto de un contrato de trabajo.

La Doctrina argentina tomó de la jurisprudencia francesa la "obligación de seguridad" y los tribunales comenzaron a moldear su contenido y presupuestos de aplicación.

Se trataba como deberes tácitos de seguridad en contextos de relaciones contractuales. Es en función de ello, que muchos de los precedentes jurisprudenciales fundaban la obligación de seguridad en la "buena fe" y el específicamente en el art. 1198 del Código velezano.

Se intentaba lograr un grado de protección del patrimonio y la integridad física del acreedor, en caso que resultare dañado por el cumplimiento de la prestación a que estaba compelido el deudor en determinados contratos.

Con ello se incluyó el "deber de no dañar", naturalmente considerado en el sistema de responsabilidad aquiliana, en los supuestos de relaciones contractuales que tenían requerimientos más rígidos referidos a la responsabilidad.

Debe recordarse que en ese momento no había responsabilidad sin culpa, y en las relaciones contractuales el incumplimiento material de la prestación importaba la inversión de la carga de la prue-

ba para el deudor, pues se presumía su culpa. En los casos en que esta se hallaba satisfecha, toda la carga probatoria se mantenía sobre el acreedor dañado.

Al considerarse como una obligación accesoria al contrato nacía la dificultad que, ante el cumplimiento de la obligación principal –prestación comprometida en el contrato-, este debía seguir su suerte; es decir, su extinción.

Con la sanción de la Ley 24.240, y en especial los artículos 5 y 40, la doctrina nacional consideró que se encontraba expresamente incorporado el "deber de seguridad". Pero claro está, se circunscribía a las relaciones de consumo. Es por ello que la jurisprudencia continuaba fundando la obligación de seguridad en supuestos que exceden las relaciones de consumo, en la buena fe (art. 1198 del Código Civil).

Con posterioridad y ya sucedida la sanción del art. 42 en la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió en la causa: "Ledesma María Leonor c. Metrovías S.A." CSJN, sent. del 22/04/2008, que el "deber de Seguridad" se asienta en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Este antecedente jurisprudencial despejó la discusión si el art. 5 de la LDC incorporaba o no la obligación de seguridad, y cuál era su contenido. Ello en función que, de la propia letra del articulado, no se extrae con evidencia un factor de atribución identificable con el deber de seguridad. Ahora si puede sostenerse válidamente que la obligación de seguridad no es tácita sino que está expresamente contenida en la ley.

Al mismo tiempo esclareció –dentro del ámbito de la relaciones de consumo- que el deber de seguridad no es exclusivamente un deber tácito y accesorio en las relaciones contractuales. Pues no todas las relaciones de consumo (art. 1092 del CCyC) constituyen supuestos de contratos de consumo (art. 1093 del CCyC).

Por último, mencionamos que con la sanción del Código Civil y Comercial, en especial, la unificación de los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, la obligación de seguridad ha perdido gran parte de su utilidad práctica.

Dicha afirmación se funda en que, en el marco de una relación contractual, podría alegarse y fundarse en los conceptos de actividad riesgosa, hecho del dependiente, cosa riesgosa o viciosa, etc. (arts. 1753, 1757 y cc. del CCyC).

En estos supuestos no hay dudas que se trata de una responsabilidad de tipo objetiva, ya que expresamente así lo prevé el Código sancionado.

Para algunos otros autores (por ejemplo: Pizarro, Ramón D. LA LEY 21/09/2015, 1 • LA LEY 2015-E, 840) siguiente existiendo una utilidad acotada de la obligación de seguridad; considerando claro está todos los supuestos ya abarcados por dicho deber expresamente incorporado en las relaciones de consumo.

El CCyC no reguló expresamente la obligación de seguridad, interpretando algunos autores su "decidida" no incorporación consiste en una exclusión expresa del legislador.

En el fallo "Arregui" (del 27/12/2017) de la Corte Suprema de la Nación sostuvo que aún ante la inexistencia de una relación de consumo, del art. 1710 del Código Civil y Comercial puede extraerse el deber de seguridad. Reiteró además, que puede fundarse en la buena fe.

En la mayoría de las relaciones jurídicas de las entidades bancarias, hallaremos un vínculo de consumo y la aplicación del deber de seguridad será clara en función de ese régimen normativo. Ahora bien, ¿Qué es?

III. Su Alcance. ¿Factor Objetivo o Subjetivo?

Determinada la exigibilidad de un "deber de seguridad", debe analizarse que sucede en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad. ¿Es una obligación propiamente dicha?, ¿Es un factor de atribución?, ¿Es un deber accesorio a una obligación o contrato?.

De la respuesta que obtengamos, veremos en definitiva cuál es el impacto concreto que tiene en los elementos esenciales del sistema de responsabilidad.

Vázquez Ferreyra, la describe del siguiente modo: "…es una obligación en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato. Tal obligación puede haber sido asumida expresamente por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de interpretación e integración a la luz del principio general de la buena fe"[50].

Constituye un deber de contenido prestacional a cargo del deudor tendiente a evitar daños a un sujeto, tanto sea en sus bienes como en su persona. Esa finalidad del deber prestacional es evidente, proteger o cuidar el patrimonio y la persona acreedora. Ahora bien, ¿ese deber prestacional adquiere carácter de garantía absoluta, o implica un diligencia agravada exigible al deudor?.

Es decir, que la discusión –nada novedosa- es si se trata de una obligación de medios o una obligación de resultados. En función de ello, tendremos un factor de atribución de responsabilidad objetivo o subjetivo, con las trascendentes consecuencias jurídicas que de ella se derivan.

La mayoría de los autores sostiene que se trata de una obligación de resultados, para otros se trata de una obligación de medios agravada en cuando a la diligencia que se exige esperable del deudor.

Recordamos que en la causa "Arregui" de la CSJN, el voto del Dr. Lorenzetti sostuvo con total contundencia que: "la obligación de seguridad puede dar origen a un factor de atribución objetivo o subjetivo. En el caso, se trata, por las razones apuntadas, de un factor subjetivo de responsabilidad. Es decir, que el organizador estaba obligado a adoptar las medias razonables para evitar que se produzca un daño".

Para tal determinación deberá acudirse a los parámetros legales que pueden extraerse de la ley (art. 1723 del CCyC) o los supuestos específicos (por ejemplo art. 1289 inc. c del CCyC).

50 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, «La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual», en Rev. de Der. Priv. y Com., Ed. Rubinzal-Culzoni, Nº 17, pág. 79.

En los supuestos de relaciones de consumo por imperio de la interpretación efectuada sobre el art. 5 de la LDC y art. 42 de la CN, el deber de seguridad será una obligación de resultados dando nacimiento a un factor de atribución objetivo.

Como consecuencia de ello, podemos afirmar que en la gran mayoría de los supuestos de vínculos jurídicos con entidades bancarias, estaremos ante obligaciones de seguridad de resultado.

El tema es trascendente ya que todos los días se dictan sentencias contra empresas de todo tipo (entidades financieras, medicina prepaga, comercios gastronómicos, etc.) fundados en la obligación de seguridad.

IV. Relación Causal en Deber de Seguridad y Factores Objetivos

Debemos recordar que cuando determinamos la existencia de factores de atribución de tipo objetivos, estos se sustentan en consideraciones valorativas que constituyen esencialmente políticas legislativas.

Es decir que cuando se establece un factor de atribución objetivo, consiste en una decisión de política legislativa que se asienta en un aspecto especial. Por ejemplo, cuando a partir de la revolución industrial el uso de máquinas introdujo en la sociedad altos riesgos que provocaban infinidad de daños y se comenzó a considerar la responsabilidad objetiva.

Ahora bien, ¿Cuál es la incidencia que un factor de atribución objetivo tiene en el sistema de responsabilidad?. Los factores de este tipo tienen directa conexión con el presupuesto relación adecuada de causalidad.

Es decir, cuando estimamos un factor objetivo de responsabilidad implica una incidencia en la primera función de la teoría de la causalidad adecuada: determinar quién responde. La segunda función es establecer por qué consecuencias responde.

Concorde a lo expuesto, ante el factor objetivo la ley presume -admitiendo prueba en contrario- que existe una relación causal adecuada con el sindicado responsable. Es por ello que este puede

romper esa presunción acreditando la existencia de una causa ajena.

La causa ajena en los casos de responsabilidad bancaria puede venir tanto del hecho de un tercero por el cual no se debe responder (art. 1731) o por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730). En el primer caso, debe el hecho del tercero debe reunir los caracteres del caso fortuito.

V. La causa ajena en factores objetivos como el Deber de Seguridad

El Código Civil y Comercial dispone de modo genérico que ante un factor de atribución objetivo: "…el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario".

Demostrar a causa ajena, aunque resulte evidente, consiste en un análisis específico de la relación de causalidad adecuada. En definitiva, un caso de fuerza mayor o de un tercero por el cual no se debe responder, configuran supuestos de causa ajena. Hay una relación de género a especie.

Por lo cual podemos afirmar que ante una atribución objetiva no solo existen, para romper la presunción, los arts. 1730 o 1731; sino que con un prueba concreta de la causa ajena, el presumidamente responsable puede liberarse.

En casos de robo –como el aquí comentado- el análisis debería consistir en si ese hecho constituye fuerza mayor o el hecho de un tercero con dichas características.

Sabido es que el caso fortuito es el hecho que no puede preverse o que previsto no puede evitarse. En definitiva es la evitabilidad lo importante, ya que la circunstancia de no haberse podido prever conlleva necesariamente que no se podía evitar.

En muchos fallos relativos a hechos delictuales en cajeros automáticos y sucursales de entidades bancarias o comercios, se menciona que esos hechos de robo son usuales y comunes y que entonces los Bancos debieron preverlo. Ahora en muy poco de ellos, en análisis pasa a la clave, que constituye la evitabilidad.

Por ejemplo en el caso: "Tapia Araya Josué Nahún Elías c. Starbucks Coffe Argentina SRL s. Daños y Perjuicios" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "D" (sent. de diciembre 2018), se dijo: "Por la reiteración con que suelen cometerse hechos delictivos como el sufrido por el actor en el local comercial de la demandada, no puede entonces calificarse la sustracción de los bienes del reclamante como un hecho fortuito o fuerza mayor ajenos a la actividad llevada a cabo por el empresario; quien debió aportar las medidas de seguridad y prevención necesarias en función de ella y controlar el correcto funcionamiento de los mecanismos de seguridad implementados, la capacitación del personal de vigilancia asignado y la aconsejable contratación de un seguro contra todo riesgo a los fines de evitar inconvenientes de índole económica".

Es claro cómo se analiza el hecho como previsible. Pero no como evitable. Y luego se observa que se analiza la diligencia desplegada, cuando para el art. 1722 la diligencia debida es irrelevante para atribuir responsabilidad.

En un interesante precedente la CSJN autos: "Finardi, Alberto vs. D'Odorico Propiedades S.R.L." del 11/02/2003 (Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; F.504.XXXVII) decidió sobre un robo que fue víctima el actor en la inmobiliaria demandada, a la cual había concurrido para firmar el boleto de compraventa de un departamento, oportunidad en la que varios sujetos entraron en el local, extrajeron armas de fuego y se llevaron su dinero.

La CSJN analizó adecuadamente los presupuestos de responsabilidad, poniendo el acento en la evitabilidad del caso de fuerza mayor; y dijo: "La fuerza irresistible que resultaba de la portación de armas por parte de los malhechores, hace impensable cualquier hipótesis de resistencia en el interior de un inmueble y lleva a admitir que se configuró un hecho inevitable con las características a que se refiere el art. 514 para la configuración del caso fortuito".

Agregó también, refiriéndose a la previsibilidad del eximente, que: "Aun cuando pudiera admitirse que la demandada debía proporcionar un ámbito apropiado para la concertación de las operaciones llevadas a cabo en la inmobiliaria, deber que resultaría de la naturaleza e importancia patrimonial de los negocios que allí

se celebran, esa exigencia no puede ser llevada a términos irrazonables ni corresponde imponer comportamientos que trascienden el grado de previsión normal en la actividad de que se trata, bien entendido que -además de lo expresado- en el caso existían mecanismos de alarma que fueron accionados y no tuvieron el resultado esperado porque la policía llegó tardíamente al lugar y no pudo dar con los delincuentes".

Estos aspectos –previsibilidad e inevitabilidad- demuestran que cuando se establece la existencia de un factor objetivo, la ponderación de los hechos debe centrarse específicamente sobre la inevitabilidad, que en definitiva es lo que demuestra la causa ajena.

Por último, cuando se efectúan los análisis sobre la causalidad adecuada –que es lo que la entidad bancaria de acreditar- se trata de una consideración que se realiza en abstracto, conectando el hecho con el resultado en una conexión de previsibilidad.

También es de suma importancia, separar las meras condiciones de la causa al analizar la causa ajena. Es añoso, pero útil, el ejemplo siguiente: una habitación con sus ventanas cerradas se iluminará cuando el sujeto abra las mismas, pero esa no es la causa de la iluminación en la habitación sino el sol de la cual proviene. La apertura de las ventanas en una condición, el sol es la causa.

Existe un gran debate respecto de la causalidad material y la jurídica, sus alcances y sus posibles relaciones, que exceden el trabajo. Pero si es útil considerar que hecho al cual se le atribuye determinado resultado debe ser buscado dentro de todas las condiciones y será que suprimido abstractamente, hacer desaparecer el resultado.

VI. El análisis del caso "G., M. F. c. Banco de Galicia y Buenos Aires s. Daños y Perjuicios"

En el fallo la SCBA no exterioriza argumentos para sostener los motivos por los cuales considera que el deber de seguridad contiene una atribución de responsabilidad objetiva. Como vimos, dicho carácter no es un elemento que debe darse por sentado sin un

análisis específico del caso.

Aunque si es claro que así lo aplica, ya que le exige a la entidad bancaria la prueba de la causa ajena.

La crítica consiste en que el fallo analiza la causa ajena en orden a la diligencia desplegada por el Banco en materia de seguridad. Si consideró aplicable un factor de tipo objetivo y este importa la presunción de causalidad adecuada en cuanto a quien responde, la conducta desplegada por el responsable no tiene virtualidad jurídica a efectos de evitar la responsabilidad.

El art. 1722 dispone que: "El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad…" y la culpa: "La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar…" (art. 1724 del CCyC).

Podríamos enlazar estos conceptos del siguiente modo: Cuando la atribución es objetiva la debida diligencia del agente es irrelevante para atribuir responsabilidad.

El voto mayoritario sostiene en su momento determinante de la responsabilidad que: "…debió demostrar que "la causa le era ajena";…Esta carga le imponía acreditar: a) que había realizado los Estudios de Seguridad cuya realización le impone la norma "bajo su responsabilidad"; b) el resultado de tales estudios y c) la adopción de aquellas medidas sugeridas en ellos, y que razonablemente se encontraban a su alcance, de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida".

Esa diligencia que se le exigió al Banco para liberarlo de responsabilidad, constituyo un evidente análisis de la diligencia desplegada. Y esta es un elemento de los factores de atribución subjetivos. Justamente en el factor objetivo, la culpa (es decir, la diligencia debida), es irrelevante.

Esas diligencias además, provienen de normas del BCRA y en estos casos (objetivos) el cumplimiento de las normas administrativas no constituye un hecho que permita la liberación puesto que así lo expresa el art. 1757 segundo párrafo del CCyC.

Entonces, ¿por qué se analizan los estudios de seguridad, su resultado, adopción de medidas, etc.? Son todas diligencias, es decir, conducta. Conceptos que nada tienen de relación con la responsabilidad atribuida objetivamente.

La valoración de la conducta, y claramente que en entidades bancarias es agravada por su profesionalidad, se refiere a los supuestos subjetivos (conf. arts. 1724 y 1725 del CCyC).

En el caso debió considerarse si el hecho del sujeto que cometió el robo fue la causa adecuada del resultado lesivo. No hay dudas que el sujeto penalmente responsable no era un dependiente de la entidad ni similar, por lo que sí era un tercero por el cual no debía responder. Si bien con la limitación que impone analizar un fallo sin tener a la vista aspectos probatorios, el análisis de inevitabilidad no puede llevarse a un extremo como lo afirma claramente la CSJN en el caso citado "Finardi, Alberto vs. D'Odorico Propiedades S.R.L.".

Pues el concepto en cuestión no implica desplegar medidas extraordinarias. Sino solo estaríamos ante un eximente del tipo ante graves hechos de la naturaleza. Robos en cajeros o sucursales podrían considerarse evitables siempre en tanto y en cuanto exigiésemos para configurarlo una gran cantidad de personal de seguridad presente todo el tiempo y apostado en un cajero.

No es tal irrazonable análisis el que pretende la ley al considerarse la causa ajena y la evitabilidad. Como lo menciona la CSJN en Finardi el robo con armas constituye un hecho irresistible. Es allí donde debe centrarse el análisis de este tipo de casos de responsabilidad bancaria.

VII. Conclusión

La responsabilidad de las entidades financieras en el marco de relaciones de consumo, es de tipo objetiva cuando se considere aplicable un supuesto de obligación de seguridad. Tal deber tiene su fuente en el art. 42 de la CN y se aplica aún a supuestos de relaciones no contractuales. No corresponde el análisis de la diligencia desplegada por la entidad, ya que resulta irrelevante para respon-

sabilizarlo (art. 1722 del CCyC). Cuando se dan ciertos elementos, los robos en cajeros o sucursales –aun siendo previsibles- pueden configurar supuestos de causa ajena que libere a la entidad financiera, por lo que el análisis se centra en la causalidad adecuada.

§ 1.16. Actualidad del débito en cuenta corriente bancaria de los débitos por tarjeta de crédito

Por Dr. Bruno O. Santi Táccari

Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

La ley de tarjeta de crédito establece un sistema de orden público en el cual el procedimiento de preparación de la vía ejecutiva es insoslayable para proceder a la ejecución de dichos saldos. Son nulos los acuerdos que impliquen soslayar dicho paso, especialmente aquel en el que el usuario autoriza su débito de cuenta corriente operativa o en la terminología de la LTC "no abierta a ese solo fin", quedando expuesto a la vía prevista en el 1406 del C. Civ. y Com.

OTRA VEZ SOBRE ESTE TEMA…

Este siempre ha sido un tema de consumidor y de crédito, donde el sistema todo lo controla. Pero hoy, a diferencia de ayer, la vulnerabilidad de las personas en estas condiciones ya empieza a ser advertida por los Tribunales (CSJN causa "García").

I- FUNDAMENTOS

Hoy el crédito para el consumo está severamente dañado, y por ende vuelven a cobrar actualidad temas que han dividido a la doctrina y a la jurisprudencia en cuanto a si se mantiene la discusión SI ES VÁLIDO, O NO, EL PACTO DE EJECUCIóN EN LA CUENTA CORRIENTE OPERATIVA DEL SALDO DE TARJETA DE CRÉDITO.

II- DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El tema en discusión – en la actualidad-queda limitado a si procede o no la ejecución de dichos saldos en las cuentas corrientes

operativas, y en su caso, como debe resolver el Juez las defensas procesales que se articulen.

En esta ponencia me refiero al primer tema.

Diré que la problemática se mantiene vigente, y que las distintas Cámaras Departamentales de la Pcia, adoptan soluciones diferentes respecto a esta cuestión, manteniéndose aún inconciliables las posiciones antagónicas entre quienes la admiten y quienes la niegan.

Quienes admiten el débito y su ejecución en las **cuentas operativas** interpretan a la letra lo dispuesto en el art. 42 de la LTC Los saldos de tarjetas de créditos existentes en cuentas corrientes abiertas a ese fin exclusivo, no serán susceptibles de cobro ejecutivo directo. Regirá para su cobro la preparación de la vía ejecutiva prescripta en los arts. 38 y 39 de la presente ley" (criterio aplicado sin cambios por la Excma. Cámara de Azul, Sala 1ra, recientemente ratificado en autos "TMF Trust Comapy c. Maldonado s. Ejecutivo").

Quienes lo niegan e invalidan, sostuvieron la nulidad de dicho pacto de ejecución a partir de una hermenéutica con criterio sistémico de la LTC(25.065) y de la Ley de Defensa del Consumidor, nº 24.240 y sus modificatorias, ambas de orden público, (arg. art. 37 inc. "b"; art. 65 de la ley 24.240, y art. 14, incs. a, h, art. 57 ley 25.065).

Ambas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias muy fundadas han sido citadas y sistematizadas por Daniel Moeremans, en un artículo en La Ley, 2017 – B, pág. 858.

III. PERO

¿Influye el nuevo Código Civil y Comercial en esta cuestión?: Entiendo que si. El Código Civil y Comercial ha cambiado la óptica de cómo debe interpretarse ese artículo 42 de la LTC.

Recordemos que el art 3 de la LTC, establece que: "Las relaciones por operatoria de Tarjetas de Crédito quedan sujetas a la presente ley y supletoriamente se aplicarán las normas de los Códigos Civil

y Comercial de la Nación y de la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240).

La norma vigente desde su origen, remitía a las normas del Código Civil y Comercial (Código Civil y Código de Comercio), antes que a la Ley de Defensa del Consumidor, lo cual no tenía mucho sentido, pero hoy veremos que sí lo tiene.

El nuevo código incorpora normas y principios para el contrato de consumo, especialmente es importante en esta cuestión el art. 1094 del CCyC.

Interpretación y prelación normativa. "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Ello es reafirmado en el art. 1095 del CCyC.

Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

Es decir, la existencia de posiciones antagónicas respecto a cómo se interpreta el art. 42 de la LTC y sus alcances, hoy lo debe ser en el sentido más favorable al consumidor de crédito . es decir por la prohibición de dichos pactos-

Y ello así, por cuanto actualmente la mayoría de estos débitos y pactos se dan con consumidores de sectores vulnerables, jubilados, beneficiarios sociales etc., que son captados por el banco que paga sus haberes. obligándolos a la contratación de los " paquetes" en el que van líneas de crédito, caja de ahorro, cuenta corriente y las tarjetas de débito y crédito (en un típico caso de venta atadas de productos art 3 inc. f ley 27442).

Entonces: ¿Cómo juega el orden público en esos pactos? Toda la ley de Tarjeta de crédito es de orden público conforme lo dispone el Art. 57.

El 14 inc. ñ de la LTC, establece que son nulas las cláusulas que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito.

Esta disposición es la aplicación de lo dispuesto por el art 57 de la propia LTC, y que se reafirma en el art. 12 del CCyC: "Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".

También lo son las normas de la ley 24.240 (arts. 36 y 37) y sus modificatorias.

Entiendo que a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la cuestión debe quedar superada en orden a una interpretación sistémica de estas normas que concluyan en que la LTC no admite el pacto de ejecución que soslaye la vía prevista por el art 39 de la misma ley.

Imaginemos esta situación, quienes admiten el débito generalmente sostienen que es para que la tarjeta no caiga en mora y el usuario pueda contar con ella.. Ello no es así. Cuando el banco te ejecuta el saldo deudor en cuenta corriente bancaria, es porque el saldo deudor de la tarjeta no te lo canceló.

IV- CONCLUSIÓN

El pacto no debe ser válido: cuenta corriente y tarjeta de crédito son dos contratos con finalidades y usos diferentes- Y NO es lo mismo una tarjeta de crédito para una pyme que para un consumidor vulnerable, este tiene derecho a la división de sus cuentas, pues la tarjeta es el último recurso de crédito que le quedará antes del inexorable final.

§ 1.17. Digitalización de Títulos Valores

Por Dr. Sebastián Scoccia

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

SUMARIO

La creciente digitalización de títulos valores nos lleva a un nuevo paradigma.

Hace un par de años, en una ponencia para el Encuentro de Mar del Plata, ante la novedosa sanción del DNU 27/2018 planteábamos muchas dudas sobre el sistema de la digitalización de títulos valores.

Decíamos que debíamos desprendernos del concepto de un título único susceptible de tenencia de un solo particular como estamos acostumbrados. A partir de su digitalización, cualquier copia del documento sería igual a su original.

Que debíamos recurrir a un organismo único y nacional de registración donde estarían registradas las creaciones, transferencias y pagos de los documentos digitales creados.

Esto haría que nos desprendiéramos del concepto de endoso como la firma y tradición del instrumento. Todas las operaciones (prendas, cancelaciones, etcétera) deberían estar registradas en dicho organismo. Actualmente se ha creado la COELSA (Cámara Electrónica de Compensación de bajo valor), donde se lleva la registración de los ECHEQ.

Hablábamos de los costos adicionales que tendríamos. De la estandarización de las formas de los documentos ya que todo el sistema está enfocado a usar estos títulos como forma de financiarse en el mercado bursátil.

Planteábamos la duda sobre cómo sería la circulación de los documentos en blanco, lo que la práctica y las sucesivas normas reglamentarias nos han indicado que no la habrá por ahora. Que

toda la forma de circulación y creación de estos documentos será nominada.

De ser así decíamos que la práctica negocial comercial era y es librar los cheques al portador, siendo que el mismo circula en blanco, sin que medie endoso alguno hasta su presentación final por el último tenedor. En el interín, circula por innumerables manos. Esta práctica comercial utilizada por la gran mayoría de los comerciantes, tendientes a escapar de la presión tributaria al pagar "en negro" con ese cheque al portador, deja de existir por ahora y con la actual normativa ya que no puede hacerse en el documento electrónico como actualmente está previsto. No dudamos de la necesidad del gobierno de eliminar esta elusión tributaria, pero dudábamos que el mercado lo aceptara. A la fecha, si bien no ha sido furor, se ha implementado con éxito, corriendo paralelamente con el clásico cheque cartular.

En algún momento este último debería dejar de existir, ya sea por imposición de la norma o por mejores facilidades que otorgue en el financiamiento vía los medios electrónicos. Mientras eso no suceda, seguiremos conviviendo con ambos.

Para cumplir con los objetivos de la transferencia constante de estos documentos que no están en papel, afortunadamente no se limitó los mismos en su transferencia por endoso (aunque por razones operativas se menciona que los ECHEQ tienen un límite de 100 endosos). Incluso la Ley 27.440 modificó el art. 1.839 del CCCN al crear el endoso global: "..En los fideicomisos financieros constituidos de conformidad con el artículo 1.690, que cuenten con autorización de oferta pública de sus títulos valores por parte del organismo de contralor de los mercados de valores, y cuyo activo subyacente se encuentre conformado por créditos instrumentados en títulos ejecutivos, se puede utilizar como mecanismo alternativo un endoso global, que debe ser otorgado por instrumento público y contener la identificación de los títulos endosados".

Incluso la Comisión Interbancaria de Medios de Pago de la República Argentina, da a conocer un nuevo Boletín que referencia a la Fase 2-a de los Cheques Generados por Medios Electrónicos (ECHEQ). Entre otros aspectos, se implementa de manera electró-

nica la cesión de derechos, lo cual podría requerirse tanto para casos de acuerdos de pago extrajudicial con terceros, previo a la impresión de la CAC (certificado en caso de no pago de un ECHEQ), como para la transmisión de un ECHEQ librado con cláusula 'no a la orden'. Asimismo, estará habilitada la posibilidad de librar un ECHEQ con cláusula 'no a la orden'.

Además se exceptúa de la obligación de garantizar los documentos cuando la transferencia de los mismos se hace vía un agente de bolsa para operar bursátilmente. Esto si bien es una excepción a la regla general de la transferencia en los papeles de comercio, tiene su lógica en la búsqueda de financiamiento. Ningún inversor institucional u operador bursátil, haría uso de estos documentos si va en ellos su responsabilidad patrimonial. No olvidemos que ellos hacen las veces de intermediarios y no son "partes" en el negocio financiero.

En estos casos, cabe mencionar que lo que se negocia no es el cartular que queda depositado en la entidad de registro, y lo que se negocia en el mercado es dicho registro ante el depositario. Es decir que aun cuando todavía no existían los documentos electrónicos, ya se negociaba electrónicamente el derecho que él contenía.

Y aún más. Ya se pueden cobrar y depositar cheques cartulares mediante el envío de su imagen del frente y el dorso por fotos digitales.

Y cuando una entidad financiera recibe un cheque físico de otra, lo retiene y emite una información electrónica –o un documento escaneado dependiendo el monto- a la Cámara Electrónica de Compensación de Bajo Valor (COELSA). Ya no viaja más el cartón. Luego se compensan las entidades recíproca y electrónicamente.

Con esto queremos decir que antes que aparecieran los ECHEQ, ya existía la desmaterialización de los papeles de comercio en nuestra vida cotidiana y seguramente no nos habíamos percatado de ello. Trasladando derechos como si se trasladara el papel.

Incluso la ley 27.264, modificada por la ley 27.440, facultó que se puedan emitir pagarés con vencimientos escalonados, siempre y cuando se utilicen para ser negociados en el mercado de valores.

En resumen, la normativa reciente, sumado a la pandemia generada por el Covid 19, nos ha hecho ver que podemos utilizar sin temores títulos inmateriales. Esto para lograr dos objetivos: 1) la incorporación en el mercado de capitales de títulos individuales que permitan a las empresas obtener financiamientos sin tener que entrar como emisores del régimen de oferta pública; y 2) perseguir como es tendencia mundial, la desmaterialización total de las operaciones en el mercado financiero y bursátil. Esto conlleva velocidad en la operatoria y reducción de costos.

Se nos planteará el problema de la prueba de la firma, debiendo acostumbrarnos los abogados a producir prueba informática. El resto de las defensas seguirá mayormente sin cambios.

§ 1.18. Títulos valores atípicos en papel y electrónicos para el financiamiento

Por Dra. María Rosa Saavedra

Colegio de Abogados Avellaneda Lanús

ABSTRACT

Este aislamiento en el que atravesamos, como consecuencia de la propagación del COVID-19, nos obliga a mantenernos alejados y sin contacto físico, pero no sucede lo mismo con nuestras actividades económicas y financieras, porque seguimos consumiendo bienes y servicios con la diferencia de que utilizamos medios que nos proporciona la actual tecnología, que nos posibilita realizar prácticamente casi todas las transacciones que podríamos hacer a través de soportes físicos y de modo presencial. En efecto, en el mundo del comercio, las finanzas, el crédito, los acuerdos contractuales y los negocios bien pueden ser formalizados utilizando soportes electrónicos. Siguiendo esta línea de pensamiento, las empresas necesitan seguir obteniendo ingresos para poder brindar sus productos a la población, por este motivo nos encontramos con una herramienta que nos otorga nuestro ordenamiento jurídico.

I. Introducción

Las presentes líneas versan sobre la creación de títulos valores atípicos, de títulos valores atípicos electrónicos, y de cómo pueden ser utilizados para el financiamiento de las empresas en crisis. El financiamiento de las empresas es siempre una cuestión que preocupa a los empresarios, principalmente a los empresarios pymes que se encuentran con muchos impedimentos a la hora de obtener financiación, tropezando con exhaustivos requisitos y soportando costos elevados. Por eso la importancia del título valor, ya que ha sido considerados invariablemente instrumentos de comercio, de los cuales, el empresario echa mano, para negociar y transmitir

todo aquello que ostente un valor económico. Es una herramienta comercial que a través del fenómeno de la circulación resulta útil para dar seguridad al tráfico de bienes.

Esta posibilidad de financiamiento surge de la posibilidad que nos brinda el artículo 1820 del Código Civil y Comercial de libertad de creación.

II.Títulos valores: regulación

Los títulos valores son instrumentos nacidos de las practicas mercantiles de la edad media para posibilitar las transacciones comerciales a través de las movilizaciones de los créditos. Estos títulos están destinados a CIRCULAR, algunos lo llaman títulos circulatorios, cuya forma típica de circulación es el endoso que es rápida, segura y eficaz.

El concepto clásico por excelencia es el dado por el jurisconsulto italiano Cesar Vivante, quien define al título valor como *"el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo"*.

Dentro de la categoría de títulos valores podemos encontrar varios documentos distintos en su forma, contenido y características, pero todos cumplen una función común: facilitar la circulación de derechos. La función principal de estos instrumentos, es hacer rápida, segura y simple la circulación de la riqueza a través de un documento que tiene incorporado un derecho o un valor y que se regirá acorde a las reglas de las cosas muebles[51].

El Código Civil y Comercial incorpora todo un capítulo destinado a regular las normas generales aplicables a los "títulos valores" (art. 1815 y ss.), receptando de esta forma, la trascendente figura del crédito en la economía moderna.

El articulo 1815 expresa definiendo a los títulos valores como *"Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho*

51 María Cristina Walker y Natalia Carmona Frickel, Boletín Jurídico TITULOS VALORES, Año 2017.

autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816"[52].

Con respecto a las clases de Títulos Valores, tenemos por un lado a los Títulos valores Cartulares que están apoyados en el papel, a diferencia de los Títulos valores no cartulares que están desmaterializados, despojados del papel, que son valores representados en anotaciones en cuenta. Estos pueden incorporarse a un documento escrito o bien, prescindir de él, siendo igualmente portadores del derecho. Nuestro Código Civil y Comercial admite la coexistencia del sistema de emisión de títulos valores en soporte papel y el sistema de anotación en cuenta. Si las partes optaran por el sistema de una total desmaterialización, el derecho va incorporado a un documento digital.

Los Títulos Valores no carturales, están regulados en los art. 1850 a 1852, y son las 1) acciones escriturales, que fueron los primeros valores desmaterializados, regulados específicamente (art. 208 Ley 19550); 2) las obligaciones negociables escriturales, que son títulos de deuda que emite un sujeto con la finalidad de financiar sus pasivos; 3) Los certificados de participación de fideicomiso financiero y títulos representativos de deuda fiduciaria de la ley 24.441; 4) Los certificados globales de acciones de sociedades comerciales del art 208 de la ley 19550, los de obligaciones negociables y las cuota partes de los fondos comunes de inversión del art. 18 de la ley 24.083 y art. 1829 del Código Civil y Comercial.

Cuando el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1820 se refiere a la libertad de creación que tienen las partes al emitir títulos valores representativas de sus operaciones de crédito, nos está diciendo que podemos elegir entre tipos o condiciones de los mismos.

Tal situación, nos lleva a analizar una clasificación general entre títulos valores típicos y atípicos. En donde los títulos valores típicos, son aquellos creados por leyes especiales, es decir aquellos que se encuentran regulados cuyos caracteres o condiciones son inmodificables por la voluntad de las partes. En cambio los títulos valores atípicos pueden tener condiciones o caracteres que las partes elijan.

52 Código Civil y Comercial de la Nación, 1ª Ed, Paraná, Buenos Aires, ERREPAR S.A

Artículo 1820 del Código Civil y Comercial de libertad de creación, establece "*Cualquier persona puede crear* y *emitir* títulos valores en los tipos y condiciones que *elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes* generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de *convertible* o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la *configuración* de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente. *Solo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros* registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores"[53].

De la redacción del presente artículo, se desprende la idea de que cualquier persona, tiene el derecho de libre creación de tipos, condiciones, clases, formas de circulación, garantías, rescates, plazos, posibilidad de conversión o no en otra clase de títulos, como así también de definir cuáles serán los derechos de los interesados y los derechos de los terceros titulares sobre los mismos. La norma en análisis impone como condición, que los títulos valores creados no deben prestarse a confusión con tipos, denominación y condiciones de títulos valores previstos en la ley vigente, tales como letra de cambio, pagare, cheque. Y solo se podrán crear títulos atípicos.

Entonces los sujetos emisores autorizados que pueden crear y emitir títulos valores en general son las personas humanas reguladas en el art. 19 Código Civil y Comercial o jurídicas públicas o privadas del art. 141 y 145 del CC y C, de acuerdo con las condiciones sustanciales y formales del art. 1820 CCyC.

53 Código Civil y Comercial de la Nación, 1ª Ed, Paraná, Buenos Aires, ERREPAR S.A

III. Medios de financiamiento de empresas en crisis

El financiamiento es un requisito indispensable para el desarrollo de cualquier proyecto. Ahora bien ¿Qué medidas adoptaron las empresas para enfrentar la baja de actividad? Algunas de ellas contaban con reservas de la empresa, otras recibieron ayuda del Gobierno por medio de la ATP, créditos al 24%, acuerdos laborales, otros préstamos. El problema es que el riesgo de la insolvencia restringe el acceso al crédito bancario, por este motivo pensé en el titulo valor atípico como un instrumento financiero. Porque lamentablemente en este país no se les da créditos a las empresas concursadas.

Tenemos un antecedente conocido como **"certificados de añejamiento y tipificación de vinos"** estos títulos valores aparecen por primera vez en nuestro país en la Provincia de San Juan en el año 1966 cotizándose extrabursátilmente de esa provincia.

Estos tienen su antecedente en la adquisición en condominio de partidas de whisky, operación que se realiza habitualmente en Escocia. El Congreso de Bolsas y Mercados efectuados en Rio de Janeiro en 1968 trato el tema considerándolos títulos susceptibles de cotizar en Mercados de Valores.

Desde 1966 hasta la fecha fueron tres las empresas que han utilizado este novedoso sistema de bodegas Esmeralda S.A; G.I.O.I (Estatal) y BATSA (Bodega Añejadora y Tipificadora de vinos Sociedad Anónima)[54].

Esta nueva figura creada cumplía con estos objetivos:

1° Comercialización del producto representado en el papel, sin previo análisis ni degustación.

2° Solución al problema de la inmovilización de capitales propios del elaborador en el añejamiento de vinos finos.

3° Lograr utilidades rentables a resguardo de procesos inflacionarios que deterioren el poder adquisitivo de masas de dinero en poder de pequeños y medianos inversionistas.

54 Revista Electrónica de Derecho Comercial, Eduardo Moccero " Títulos atípicos y certificados de tipificación y añejamiento de vinos".

Estos, al ser títulos valores gozan de las características de los mismos, que son autonomía, literalidad, incorporación y necesidad.

La operatoria de los Certificados de Tipificación es la siguiente: La bodega cuenta con la adquisición de las uvas y elaboración por cuenta de terceros, y además tiene vinos elaborados en otros establecimientos. A cambio del vino entregado, el productor no retira la mercadería, sino que recibe estos certificados de propiedad fraccionando en títulos representativos de mil, tres mil, cinco mil y diez mil litros de vino tipificados que están depositados en la bodega. Dichos certificados al portador, se deben presentar para que se le haga entrega del producto. Además cotizan en el Mercado de vinos de la Bolsa de Comercio.

Otro instrumento es el Certificado de Añejamiento que representa litros de vinos. Cuando el caldo se encuentra apto para el añejamiento se empiezan a emitir estos certificados en donde constan las obligaciones asumidas por el añejador: que se constituye en depositario y locador de obra.

El precio de lanzamiento del certificado se fija en base al valor de la materia prima. Y al cumplirse el plazo de añejamiento que puede variar entre un año y medio y dos años (depende del tipo de vino), puede optar entre el retiro de la mercadería fraccionada o no. Este fraccionamiento se realiza bajo el control e intervención de la Bolsa. Con este tipo de títulos posibilita que cualquiera pueda participar del proceso vitivinícola sin necesidad de ser productor industrial.

Es a raíz de este antecedente que me surgió la idea de la utilización de los títulos valores atípicos como un mecanismo de financiamiento de las empresas, además de que el artículo 1820, del Código Civil y Comercial tenemos la posibilidad de crear títulos valores atípicos.

La idea se centra en aquellas empresas que están atravesando una situación crítica, de cesación de pagos, que puedan adquirir financiamiento a través de la emisión de títulos de pre venta, o certificados preventa así, de este modo adquieren ingresos.

Vale destacar que no tributaria ni la creación ni la emisión, a nivel provincial, solamente tributaria la transmisión (que se realiza por endoso) en una alícuota del 1.2% en concepto de impuesto de sellos en la provincia de Buenos Aires.

La operatoria de estos títulos pre-venta funcionaria de manera similar a nuestro antecedente de los certificados de añejamiento y tipificación de vinos. En donde las empresas publicitarían sus productos a través de una página de internet, y las personas humanas, personas jurídicas comprarían esos productos. De este modo la empresa en crisis obtendría dinero ya sea para cubrir sus gastos, para comprar materia prima y poder seguir realizando la producción.

El beneficio que el comprador obtendría de dicha operatoria sería la de congelar el precio del producto que quiere comprar, y la empresa a la que le compra obtendría el dinero: es decir, financiamiento. Sin tener que acudir a préstamos bancarios.

A cambio de la compra, el comprador obtendría estos títulos o certificados pre- venta, y cuando termine esta situación de pandemia, en una fecha que la empresa determine, pueda obtener ese producto presentando dicho certificado.

¿Estos certificados pre- ventas, podrían encuadrarse en los títulos impropios? ¿O documentos de legitimación?

Confesamos que nos surgen dudas a la hora de encuadrarlo en un solo instituto ya que por el artículo 1835 del Código Civil y Comercial , podríamos decir que los títulos impropios sirven exclusivamente para identificar a quien tiene el derecho a exigir la prestación que en ellos se consigna y no están destinados a circular en el sentido que si lo hicieran no conferirían derechos autónomos y que el alcance de los derechos que pudieran conferir serán medidos no por la literal de este documento sino por la relación de la emergen.

Los títulos de crédito impropios y los títulos de legitimación no reúnen todas las características esenciales de un título de crédito, además de que nacen y quedan atados a una relación contractual.

Títulos valores atipicos electrónicos

¿Por qué no pensar en un título valor atípico electrónico? La idea se sustenta en reconocer como soporte alternativo del soporte papel, el soporte electrónico; refrendado mediante firma electrónica, todo lo cual ya está permitido por nuestra legislación.

Es pensar una alternativa e incorporar uno electrónico posibilitando no solo crearlo desde un inicio bajo ese medio electrónico, sino también poder sustituir el soporte papel inicial de un título valor por soporte electrónico, por la sola voluntad de las partes involucradas; manteniendo la misma validez y efecto legal que el valor en título tradicional.

El soporte y la firma electrónica confiere total seguridad en la contratación y en las operaciones bancarias que se vienen realizando masivamente con uso de medios telemáticos, utilizando como firma códigos secretos, token, identificación facial, voz y otros medios telemáticos que son más seguros que la firma autógrafa. No hay razón para no hacer lo propio con los títulos valores

Durante el 2018, la sanción de las leyes 27.440 y 27.444 implicó para nuestro país que ingresara en el universo de los llamados títulos valores electrónicos. Dichas normativas, llevan a la vigencia de la factura de crédito MI Pymes, las obligaciones negociables electrónicas y la letra de cambio, el cheque y el pagaré electrónicos, sumado a ello la posibilidad de que los endosos de transmisión se lleven a cabo por la misma vía.

Al respecto, es relevante destacar que el art. 4 de la ley 27.440 preceptúa que “la factura de crédito electrónica MiPymes constituirá un título ejecutivo y valor no cartular, conforme los términos del art. 1850 del Código Civil y Comercial de la Nación.”, lo cual deja en claro su naturaleza jurídica y su ubicación dentro de los distintos tipos de títulos valores contemplados en la normativa vigente.

En el art. 216 de dicha ley, se establece con claridad la posibilidad del cheque electrónico, mediante la reglamentación necesaria del Banco Central de la República Argentina. Ello se llevó a cabo mediante la Comunicación «A» 6578 BCRA (1/10/2018), no solo para

el libramiento, sino también para el aval, circulación y presentación al cobro de estos títulos (punto 1).

Mediante la reforma introducida por la ley 27.444 a varios artículos del dec-ley 5965/63, queda fijada la chance de emitir letras de cambio y pagarés electrónicos, extendiéndose ello a otros actos cambiarios que se lleven a cabo mediante el empleo de "cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad" de quien lo emite (cfr. arts. 116 y ss.). Se abarcarían así, el libramiento, el endoso, el aval, la aceptación, etcétera.

A modo de conclusión

Es importante como operadores jurídicos, ser creativos para poder brindar herramientas en este contexto de crisis, y esa creatividad tiene que ir de la mano de la responsabilidad.

La idea no es crear títulos valores para todo, o crear por crear, sino tomar la posibilidad que nos brinda el Código Civil y Comercial y brindar nuevas soluciones.

§ 1.19. Diferencia entre títulos valores y tokens. Diferencias a la luz de su naturaleza jurídica

Por Notaria Nancy Borka

Colegio de Abogados Avellaneda Lanús

PONENCIA

Los criptoactivos y los token carecen de legislación en nuestro derecho positivo que los defina como activos financieros virtuales. El token no es un título valor electrónico, ni un título valor no cartular por carecer de autonomía, para ser títulos valores deberán ser definidos por ley especial. El token es un vehículo informático de comercialización de activos. La tokenización de títulos valores no convierte a los títulos valores en tokens y no reemplaza el régimen registral de un título valor no cartular.

El token es una herramienta de inversión a través de Blockchain que, entre otras funciones, puede representar digitalmente activos on chain y off chain como títulos valores, bienes, servicios, cosas muebles o inmuebles. Carecen de regulación legal y su elemento esencial es la descentralización. Cada empresa que crea su ICO, crea su propio token. No existe en nuestro derecho positivo ninguna legislación que defina a los criptoactivos en general y a los token en particular, como activos financieros virtuales. He aquí la primera diferencia con los títulos valores: estos gozan de un régimen legal específico y bien conocido del cual carecen los criptoactivos hasta la fecha.

El artículo 1815 CCC define a los títulos valores como documentos en soporte material o inmaterial que incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación, que otorga a cada titular un derecho de circulación autónomo. Si este documento carece de alguno de los elementos enunciados, no será un título valor y no se encontrará regido por su normativa. El título valor es una declaración unilateral de voluntad de su creador (librador), quien la perfecciona al estamparle su firma. Una vez emitido, el

librador (tradens) se obliga de forma irrevocable al cumplimiento de la obligación. El librador no puede supeditar su obligación al cumplimiento de ninguna condición o hecho futuro o incierto porque la necesidad del tráfico comercial requiere que la obligación se cumpla. A su vez, quien recibe el título valor (accipiens) no debe cumplir ninguna actividad o contraprestación. La segunda diferencia con los token es que estos no nacen de la voluntad unilateral, sino de una red distribuida que funciona como un contrato entre todos sus participantes. CHOMCZYK señala que "*puede considerarse a las redes como un contrato entre todos sus participantes quienes voluntariamente aceptan formar parte de ella en alguna de las redes típicas de las cadenas de bloques (mineros, oráculos, meros participantes, etcétera)*"[55]. Cada uno de los intervinientes en la red distribuida tiene una obligación que cumplir. En Blockchain cada nodo valida las transferencias en la cadena de bloques. Los oráculos verifican el cumplimiento de la obligación prometida en el contrato inteligente. Todos estos actores participan de un contrato para la transmisión de un token. El título valor puede ser emitido por varias personas humanas o jurídicas que resulten coobligados conjuntos, pero cada una de sus declaraciones es unilateral.

El artículo 1815 CCC enuncia a la irrevocabilidad, como segundo carácter para la existencia de un título valor. Que la obligación unilateral se emita con carácter irrevocable, brinda seguridad jurídica al cumplimiento de la obligación asumida por el librador y protege al negocio de contenido patrimonial. La irrevocabilidad deja patente que no existe un destinatario obligado a aceptar la obligación incondicional del librador. *"La obligación resulta válida y firme desde su incorporación o referencia en el documento, sin posibilidad que el creador pueda dar marcha atrás, una vez que el documento por su voluntad o no, deje de estar en su poder*"[56]. Esto es así porque la creación de un título valor es un acto jurídico voluntario, por el cual el librador confecciona el título valor y lo

55 CHOMCZYK Andrés, Contratos Inteligentes o Software obediente. Fintech: Aspectos legales, Tomo II. MORA Santiago J. PALAZZI Pablo A. Compiladores página 160. CDYT Colección Derecho y Tecnología. Primera Edición, CABA año 2019.
56 BUSSETTO Adalberto. La nueva teoría general de los títulos valores: aproximaciones. Número Extraordinario de Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, año 2015.

firma. Mientras el librador lo tenga en su poder, la promesa no será obligatoria y por lo tanto, podrá revocarla. La emisión del título valor también es un acto jurídico que consiste en la entrega que hace el librador del título valor a su acreedor, portador o beneficiario. Una vez emitido la promesa que contiene se transforma en una obligación y ya no podrá ser objeto de revocación. En cambio, la transacción de los token, una vez confirmada por Blockchain, es irreversible. No puede cancelarse ni anularse, ya que ha sido objeto de una validación por todos los nodos de una red y cada bloque posee la información de las restantes transferencias. Las transferencias de tokens se realizan en base a las instrucciones recibidas por el cliente que acepta los términos y condiciones del contrato que implica integrar una red distribuida. Con lo cual, las operaciones de transferencia de tokens no pueden ser revertidas, ni canceladas. Las limitaciones a la irreversibilidad las establece la tecnología. Una parte impone el software que deberá utilizar la otra, por ello, de aceptar que son contratos en términos legales, los Smart contracts serían contratos de adhesión. El contratante adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción[57]. Si el Smart Contract se asumiera como un contrato de consumo a distancia, debería poder ser revocado. En este sentido, el artículo 1107 CCC establece que "*Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y* ***la facultad de revocar****, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados del empleo, y para tener absolutamente claro quien asume esos riesgos*". Si consideramos que los token son un segmento de código de programación, en formato de Smart Contract que corre sobre Blockchain[58], la revocación para esta clase de contratos tiene un carácter protectorio y solo podría ser revocable si el desarrollador de la red así lo previera conforme al inciso b) del artículo 1116 CCC. En consecuencia, excepto pacto en

57 Conforme al artículo 984 del Código Civil y Comercial.
58 https://www.infobae.com/cripto247/educacion-cripto247/2018/08/10/cuales-son-los--tres-tipos-de-tokens-y-como-se-diferencian-de-las-criptomonedas/

contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los contratos de suministro de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor; los ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente.

Otra diferencia notoria entre títulos valores y los tokens la establece la autonomía definida en el artículo 1816 CCC como el derecho representado en un documento cactáceo ejercido, por su portador legitimado, con prescindencia de las situaciones objetivas de sus tenedores anteriores. El portador estará adquiriendo un derecho ex novo y no derivado de las relaciones cartáceas que lo precedieron. La forma típica de transmisión de un título valor cartular es el endoso. La forma de transmisión de un título valor no cartular es la anotación en el registro dispuesto por el artículo 1850 CCC. Uno de los efectos del endoso es "transmitir al endosatario la propiedad del documento y la titular del derecho a él incorporado"[59]. La transmisión de un token implica firmar la transacción con la clave privada. Las transacciones firmadas se propagan por la red a los distintos nodos de forma progresiva. *"Al transferir todos los token o parte de ellos, el transmitente de estos está cediendo, total o parcialmente, su posición contractual para realizar estos actos"*[60]. Esto reafirma la existencia de un contrato y que la obligación no sea unilateral, como lo es la obligación contenida en un título valor. Si la transferencia de los tokens se celebrara mediante cesiones de posiciones contractuales, estarían reguladas por el artículo 1636 CCC, requiriéndose para ellos forma escrita conforme al artículo 1818 CCC. Al transferir los tokens o una parte de ellos, el transmitente está cediendo, total o parcialmente, su posición en este contrato para realizar estos actos.[61] La cesión de posición contractual no transfiere los derechos de manera autónoma. La transmisión no será originaria, sino que será derivada del tenedor anterior, por lo cual, estará alcanzada por las previsiones del artículo 399 del CCC y por lo tanto, serán oponibles defensas

59 VILLEGAS Carlos Gilberto. Títulos Valores y Valores Negociables, página 201.
60 CHOMCZYK Andrés, Ibidem 1, página 160.
61 Sin perjuicio de esta se ha dicho que *"los contratos en los cuales las criptomonedas constituyan una contraprestación son en principio innominados, debiendo el notario calificar en cada caso las reglas que por analogía resulten ser aplicables (compraventa, permuta, mutuo)"*. Despacho 41 Jornada Notarial Bonaerense.

personales en la cadena de transmisiones.

Existe una confusión terminológica en nuestro derecho, denominando como títulos valores a una gran cantidad de instrumentos financieros que no lo son, pero que tienen efectos similares a los mismos. Un claro ejemplo son los valores negociables definidos por el artículo 2° de la Ley 26.831. Los instrumentos financieros permiten incluir los contratos de derivados financieros como swaps, futuros y opciones, lo que no es posible comprender en el concepto de títulos valores o de derechos valores, porque en esos contratos no hay emisión ni suscripción.[62] Por lo tanto, en el caso que una ICO de utility tokens, o una STO represente valores negociables podría estar regulada por la Comisión Nacional de Valores por realizar oferta pública[63]. En consecuencia, la asimilación de los tokens de pago, los utility tokens y los security tokens a los valores negociables, y la posible regulación de sus ofertas (ICOs y STO) al régimen de oferta pública establecido en nuestro país por la Ley de Mercado de Capitales, no los convierte en títulos valores por carecer de sus principales características. Que un título valor se pueda tokenizar no lo convierte en un token: el token es solo un vehículo informático de comercialización. La tokenización de un título valor no elimina el régimen registral propio de su naturaleza. Los token tampoco pueden considerarse títulos valores impropios ni documentos de legitimación. El artículo 1836 CCC define a los títulos valores impropios como documentos que, si bien han adoptado alguno de los caracteres de un título valor, ejecutan algunas de sus funciones y tienen algunos de sus efectos, pero no son títulos valores. Al permitirse su transferencia de manera simple y sin observar las formas propias de una cesión y no transmiten un derecho autónomo. Los documentos de legitimación tampoco transmiten autonomía, concluyen su función en acreditar la posesión de quien los posee y no tienen fuerza imperativa para que el deudor de la prestación la cumpla.

62 VILLEGAS Juan Gilberto. Ibidem 5, página 44.
63 DIEHL MORENO Juan M. ERASO LOMAQUIZ Santiago E. Criptoactivos en mercados financieros y cambiarios. Fintech. Apectos legales. Tomo II, página 187.

La tecnología Blockchain permite la solución a los problemas que generaba la emisión de criptomonedas y ha facilitado la implementación de Smart contracts pero es necesaria una pronta regulación legal de los token a fin de evitar confusiones con institutos jurídicos ya existentes como los títulos valores.

§ 1.20. Factura de crédito electrónica

Por Dra. Patricia I. D'Albano Torres

Comercial del Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

La factura de crédito electrónica MiPyME responde a la necesidad de financiamiento del sector de pequeñas y medianas empresas que ante la presente crisis económica se encuentra muy comprometido, especialmente aquellas que están fuera del crédito bancario y operan en el segmento marginal con sus costos transaccionales. No obstante, y a pesar de sus bondades, el sistema así creado tiene debilidades como la falta de control y sanción a las empresas que realicen rechazos no justificados o pagos informados como tales, pero que en realidad están demorados o son inexistentes; el sistema sigue siendo dificultoso y se debe contar con un buen sistema de administración para su seguimiento, cuestión que hizo fracasar la factura de crédito común por el aumento de dichos costos. Aun así, siempre es una salida para aquellos que no cuentan con fuentes de financiación y los profesionales deberán asesorar sobre posibles conflictos y cobro para ayudar a prevenirlos jurídicamente. Así, volvemos hacia su ejecutabilidad, su circulación en la negociación del título, tasas de interés convenientes, actualización de montos a partir de los cuales obligatoriamente se debe hacer este tipo de factura y en qué casos, posibilidades de bajar la judicialización de los conflictos, etc.

DESARROLLO

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los títulos valores dentro de los actos jurídicos de declaración unilateral de voluntad, diseñando una moderna teoría de los títulos valores con la "finalidad de promover la circulación amplia de estos títulos y la seguridad

jurídica”[64].

Podemos resumir sus parámetros básicos, considerando el tema que nos ocupa, en lo siguiente:

. Los títulos valores Incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación. No están comprendidos dentro de los bienes o cosas muebles registrables. El portador de buena fe tiene un derecho autónomo. El deudor que paga al portador queda liberado. Su transferencia comprende todos los accesorios y su titular no está sujeto a reivindicación ni repetición de lo cobrado. Libertad de creación de nuevos títulos y sólo se pueden oponer las defensas del art. 1821. El incumplimiento del asentimiento conyugal no es oponible a los terceros de buena fe. Solo los creadores del título valor son responsables solidarios del pago, y no los demás firmantes, salvo clausula especial. Excepto novación, la creación de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal. Las normas generales serán de aplicación supletoria a las regulaciones especiales de cada título valor determinado, cuyas leyes continúan rigiendo.

. Los títulos cartulares, además de la autonomía, son necesarios, literales, la circulación en blanco o incompleta podrá ser completado hasta la fecha de cumplimiento de la presentación. Los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares.

. Los títulos valores no cartulares se caracterizan por la prescindencia de instrumento material. Autonomía del derecho reconocido por la declaración de voluntad y titularidad. Transmisión del título y constitución de derechos reales. Toda afectación debe ser registrada por el emisor, caja de valores o por escribano para ser oponible a terceros. Los derechos derivan del instrumento de creación con fecha cierta. Si es admitido a la oferta pública se inscribe en la autoridad de control, bolsas o mercados en los que se negocian.

. Respecto a los comprobantes de saldo, es obligación de quien lleva el registro de emitir comprobantes de saldos o certificados

64 Fundamentos de la Comisión Redactora, Libro III, Título V, Capítulo 6

de estado de cuenta. Sus efectos son legitimar al titular a deducir acción ejecutiva; verificar créditos o someterse a proceso arbitral, sin necesidad de autenticación; bloquea la cuenta por 30 días para actos de disposición, y legitimar al titular para asistir a asambleas u otros actos vinculados al régimen de los títulos, bloquea la cuenta hasta un día después del fijado para la celebración de la asamblea.

Dentro de este marco, la ley 27440 regula la factura de crédito electrónica con las siguientes características:

. En todas las operaciones comerciales en las que una Micro, Pequeña o Mediana Empresa esté obligada a emitir comprobantes electrónicos originales (factura o recibo) a una empresa grande se deberá emitir "Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs". Será optativo en las operaciones comerciales entre Micro, Pequeñas o Medianas Empresas.

. Crea el "Registro de Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs" a cargo de AFIP.

. La "Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs" constituirá un título ejecutivo y valor no cartular cuando reúna todos los requisitos: se emitan por un contrato de compraventa de bienes o locación de cosas muebles, servicios u obra; ambas partes contratantes se domicilien en el territorio nacional; se convenga un plazo para el pago del precio superior a los quince (15) días corridos contados a partir de la fecha de recepción en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago; los bienes, servicio u obra sean integrados en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, sea de manera genérica o específica.

. Asimismo, cuando se hubiera convenido un plazo para el pago del precio menor a los 15 días corridos desde su recepción y vencido el mismo no se hubiera registrado la cancelación o aceptación expresa de la obligación en el "Registro de Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs" pasará a constituir "título ejecutivo y valor no cartular" desde el vencimiento del plazo de quince (15) días corridos a partir de su recepción en el domicilio fiscal electrónico del obligado al pago, momento en el cual tendrá un nuevo vencimiento el cual será de quince (15) días corridos a los fines de poder ser negociada.

. Los requisitos mínimos que deberán tener las facturas a fin de constituir "Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs" son: a) Lugar y fecha de emisión; b) Numeración consecutiva y progresiva; c) Fecha cierta de vencimiento de la obligación de pago; d) Clave Bancaria Uniforme -CBU- o "Alias" correspondiente; e) Identificación de las partes y determinación de sus Claves Únicas de Identificación Tributaria (CUIT); f) El importe a pagar expresado en números y letras. En caso de existir notas de débito y/o crédito, que modifiquen el importe a pagar original, deberá asentarse en el "Registro de Facturas de Crédito Electrónicas MiPyMEs" el importe total a negociar; g) Emisión mediante los sistemas de facturación habilitados por la Administración Federal de Ingresos Públicos por usuarios validados en su sistema informático; h) Identificación del remito de envío de mercaderías correspondiente, si lo hubiere; i) En el texto de la "Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs" deberá expresarse que ésta se considerará aceptada si, al vencimiento del plazo de quince (15) días corridos desde su recepción en el domicilio fiscal electrónico del comprador o locatario, no se hubiera registrado su rechazo total o su aceptación; y que si, al vencimiento del citado plazo no se hubiera registrado la cancelación, se considerará que la misma constituye título ejecutivo, en los términos del artículo 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y concordantes. Asimismo, la "Factura de Crédito Electrónica MiPyMEs" deberá expresar que su aceptación, expresa o tácita, implicará la plena conformidad para la transferencia de la información contenida en el documento desde el "Registro de Facturas Electrónicas MiPyMEs" a terceros, en caso de que el vendedor o locador optase por su cesión, transmisión o negociación.

Por su parte, la AFIP ha reglamentado (Resolución General AFIP N° 4367/2018), el sistema de emisión aceptación y negociación de este tipo de título valor no cartular, por lo que actualmente funciona así:

• La PyME emite la factura y demás comprobantes asociados (nota de débito electrónica, nota de crédito electrónica) a través de la web de AFIP (con CUIT, CBU y domicilio fiscal registrado). Esta no podrá ser modificada y en caso de contener algún dato erróneo, el receptor debe rechazarla.

• Si la entrega de la mercadería va acompañada con un remito, éste debe ser informado en la misma factura y si son varios remitos todos deben informarse.

• La AFIP notifica a la gran empresa, la cual podrá rechazar la factura y demás comprobantes; cancelarla total o parcialmente; aprobarla descontando retenciones (impuesto y tasas) o no hacer nada lo cual se considerará aprobación tácita a los 30 días con retención del 20 %.

• Si la factura no es rechazada ni cancelada se constituye en título ejecutivo y valor cartular, por lo que la PYME puede no hacer nada y proceder a cobrarla en su momento; o puede negociarla para su financiación.

Como se aprecia, la factura de crédito electrónica MiPyME responde a la necesidad de financiamiento del sector de pequeñas y medianas empresas que ante la presente crisis económica se encuentra muy comprometido, especialmente aquellas que están fuera del crédito bancario y operan en el segmento marginal con sus costos transaccionales. No obstante, y a pesar de sus bondades, el sistema así creado tiene debilidades como la falta de control y sanción a las empresas que realicen rechazos no justificados o pagos informados como tales, pero que en realidad están demorados o son inexistentes; el sistema sigue siendo dificultoso y se debe contar con un buen sistema de administración para su seguimiento, cuestión que hizo fracasar la factura de crédito común por el aumento de dichos costos. Aun así, siempre es una salida para aquellos que no cuentan con fuentes de financiación y los profesionales deberán asesorar sobre posibles conflictos y cobro para ayudar a prevenirlos jurídicamente. Así, volvemos hacia su ejecutabilidad, su circulación en la negociación del título, tasas de interés convenientes, actualización de montos a partir de los cuales obligatoriamente se debe hacer este tipo de factura y en qué casos, posibilidades de bajar la judicialización de los conflictos, etc.

CONCLUSIÓN

La factura de crédito electrónica MiPyME representa el ecosistema de financiamiento pyme que tienen menor y peor acceso al crédito. Creada por la ley La ley 27.440, denominada Ley de financiamiento productivo, como un título valor superador de los fracasos de los sistemas de la factura de crédito conocidos, puede convertirse en una herramienta para apoyar a aquellos que solo tienen ese activo para poder financiarse por carecer de otras garantías o solvencia y además incluso puede que hayan sido expulsados del crédito bancario y operan en el segmento marginal con sus costos transaccionales. Para ello, a pesar de sus bondades, el sistema así creado debería controlar y sancionar a las pymes que realicen rechazos no justificados o pagos informados como tales, pero que en realidad están demorados o son inexistentes.

§ 1.21 *Fintech*, una herramienta viable en época de pandemia

Por Dr. Emanuel Maximiliano Rouco

Colegio de Abogados de La Matanza

"La tecnología hizo posible las grandes poblaciones; ahora las grandes poblaciones hacen que la tecnología sea indispensable".

Joseph Wood Krutch[65]

1. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia pretende realizar una aproximación a *Fintech*, conceptualizándola, así como también, exhibir sus componentes y diferentes aristas que la integran, mencionando además las posturas respecto a su utilización en ámbito bancario y financiero. Luego de ello, se establecerán las diversas operaciones que pueden lograrse bajo la órbita de la tecnología financiera y se expondrán las diferentes problemáticas que plantean su utilización.

Por otro lado, se plasmará el marco regulatorio argentino en relación a este tópico, para posteriormente mencionar los entes de contralor.

Finalmente, y atento a lo ut supra mencionado, se expondrá a modo de conclusión, la opinión del autor del presente, en miras de establecer a *Fintech* como una herramienta viable en época de pandemia actual, tras la aparición del virus que causa la enfermedad COVID-19, que afecta a la humanidad en su totalidad.

2. DESARROLLO

2.1. Definición Terminológica

En principio podemos establecer que, el vocablo ***Fintech*** está compuesto por la contracción de dos palabras anglosajonas, *financial* y *technology*, pudiéndose determinar una primaria definición literal

65 Naturalista, crítico literario y de teatro, biógrafo y periodista estadounidense del siglo XX.

a nuestro idioma, como tecnología financiera. En ese orden de ideas, la Asociación Española de Fintech e Insurtech (AEFI) la definió como: *todas aquellas actividades que impliquen el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos para el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros*[66]; pudiéndosela definir, por otro lado, como parte de la banca digital, según lo entiende el Banco Central de la República Argentina (se extenderá dicho concepto en el punto 2.3.2).

Así surge la necesidad de encuadrar dichas actividades dentro o fuera de las operatorias realizadas por las entidades financieras, presentándose una disyuntiva respecto a la pertenencia de ésta, en ese estamento.

Quienes están a favor, opinan que *Fintech* comprende: a) entidades financieras usuales, además de bancos netamente digitales, b) recientes compañías digitales que compiten con las entidades financieras tradicionales, en ese sector y c) empresas y/o medios digitales con la finalidad de desarrollar herramientas tecnológicas y brindar servicios a éstas. Por otro lado, una postura más conservadora considera que no corresponde encuadrar al uso y servicio tecnológico de *Fintech* dentro del sector financiero, debido a la escasa antigüedad y operatoria en el mercado hasta el momento[67].

Por último, y continuando con la ardua tarea que implica definir el tema traído a estudio, la Mesa de Innovación Financiera del BCRA (MIF) conceptualiza a *Fintech* como: *innovaciones financieras posibilitadas por el avance tecnológico que acarrean efectos concretos en la provisión de servicios financieros a través de la transformación de modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos*[68]; estableciendo cuatro áreas de operatoria: a) medios e infraestructura de pagos; b) soluciones *blockchain*; c) tecnologías y sistemas transversales y d) canales alternativos de crédito y ahorro[69].

66 Asociación Española de FinTech e InsurTech (AEFI), Libro Blanco de la Regulación FinTech en España, octubre de 2017. Consultado el 19/06/2020. Disponible en https://www.asociacionfintech.es/recursos/libro-blanco-del-fintech.
67 Bericua, M. - Palazzi, P. A. - Mora, S. J. Primeras reflexiones sobre el Derecho Fintech. Suplemento Especial LegalTechII. LA LEY noviembre de 2019, pág. 117. AR/DOC/3583/2019.
68 Respuesta 15, fecha 31/01/2019, por la que se aprueba la formalización de la Mesa de Innovación de Financiera del BCRA. Consultado el 20/06/2020 en http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/Institucional/Transparencia%20activa/E-F-RD001519.pdf.
69 Heredia Querro, S. Banca vs Fintech: Round 1. LA LEY 19/02/2020. AR/DOC/176/2020.

2.1. Operaciones Fintech. Beneficios y problemáticas que plantea su utilización

Continuando con el desarrollo del tópico traído a estudio, se expondrán las operaciones más frecuentes de la tecnología financiera y ventajas y desventajas de su utilización.

2.2.1. Operaciones más frecuentes en Fintech

Dentro de las amplias actividades que podemos mencionar realizadas bajo la modalidad de este tópico, cabe destacar[70]: a) Crowdfunding[71]; b) InsureTech[72]; c) pagos, transferencias e inversiones; d) blockchain & crypto; e) servicios fintech B2B[73]; d) seguridad informática y préstamos; e) obtención de honorarios de licenciamiento y otros servicios digitales; f) intereses por financiamiento; g) en honorarios y comisiones de *brokering/trading*; h)honorarios por soluciones *as-a-service*[74]; i) comisiones por uso de plataforma tipo *e-commerce* y/o *Marketplace*; j) billetera virtual [75]; entre otras.

Todo ello, posicionó a nuestro país en lo que respecta a la importancia y utilización de Fintech, en el tercer lugar en Latinoamérica luego de México y Brasil[76].

70 Cámara de Fintech Argentina. Informe Ecosistema Fintech Argentino. Consultado el 21/06/2020. Disponible en https://camarafintech.com.ar/wp-content/uploads/2019/06/Informe-Ecosistema-Fintech-Argentino.pdf

71 También denominado micromecenazgo, es una forma de financiación que consiste en utilizar el capital de numerosos individuos a través de pequeñas aportaciones. Fuente: https://economipedia.com/definiciones/crowdfunding-micromecenazgo.html

72 Conjunción de las palabras anglosajonas Insurance y Technology, define al sector que contiene a las compañías tradicionales de seguros que se transforman para adaptarse al nuevo contexto tecnológico, las empresas tecnológicas, así como a las startups que aprovechan los avances tecnológicos para ofrecer productos y servicios innovadores en el sector. Fuente: https://gtmotive.com/antecedentes-e-impacto-insurtech-sector-asegurador/

73 B2B (business-to-business) término que define a las empresas que ofrecen servicios a otras empresas, sean del tipo que sean, e incluso a instituciones financieras, clientes de las instituciones financieras, gestores de activos, asesores, brokers, corporaciones y Pymes. Fuente: https://www.oroyfinanzas.com/2015/03/que-significa-fintech/

74 Modelo de distribución de software en el que tanto el software como los datos manejados son centralizados y alojados en un único servidor externo a la empresa. Fuente: https://www.iebschool.com/blog/que-es-saas-definicion-ventajas-digital-business/

75 Es una aplicación móvil que permite realizar múltiples operaciones financieras aún sin poseer con cuenta bancaria. Fuente: https://www.argentina.gob.ar/economia/medidas-economicas-COVID19/billeteravirtual.

76 Idem 5.

2.2.2. Beneficios y desventajas de su utilización

Las actividades llevadas a cabo a través de la tecnología financiera cuentan con diversos beneficios, destacándose:

a) un incremento en I+D I[77], tanto en la creación de nuevos modelos de negocios como en la reformulación y propugnación de ignorados métodos de utilización de productos y servicios financieros ya en vigencia;

b) mayor competencia en el mercado, reduciendo las fallas del mismo;

c) funcionalidad con mayor pragmatismo, reduciendo los intermediarios en la ejecución de dichas actividades y con ello, la disminución de costos, posibilidad equitativa de alcance a esas herramientas, etc.

Antes de mencionar las desventajas, es menester destacar que *Fintech* fue concebida con el objetivo de permitir al sector bancario llegar a lugares que, hasta el momento, no resultaban económicamente viables, patrocinando la reducción de costos de los servicios que brindan, en comunión con el concepto *open banking*[78]. Atento a ello, se manifiesta una frecuencia digital en operaciones financieras mucho más expedita y avasallante, en contra posición de las constantes variantes de las tasas de interés y fluctuaciones de mercado, producto de los operadores humanos.

Pero la implementación de esta tecnología, también trae aparejado una problemática no menor: la imposibilidad de acceso a ese tipo de herramientas financieras sobre todo en lo que respecta el territorio Latinoamericano, según un informe publicado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)[79], ello relacionado a diversos factores como la falta de acceso a la tecno-

77 Concepto de reciente aparición, en el contexto de los estudios de ciencia, tecnología y sociedad. Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/Investigaci%C3%B3n,_desarrollo_e_innovaci%C3%B3n

78 Mayor apertura de las plataformas de los bancos y permitiendo a las APIs acceder a información de los clientes para ofrecer servicios diferenciados y operaciones más ágiles, Fuente: https://www.infotechnology.com/negocios/Que-es-Open-Banking-el-guino-del-BCRA-que-todavia-esperan-los-bancos-20190925-0006.html

79 Estoup, L. A. Cómo regular las fintech en Latinoamérica. Publicado 04/12/2019. LA LEY 2019-F. AR/DOC/3526/2019

logía, información e instrucción en la utilización de herramientas de *Fintech*, ausencia de inversión del sector bancario tradicional, entre otras. Otra de las desventajas y que recientemente puso en peligro su actividad[80], es el informe publicado por el BCRA, respecto de las altas tasas de interés que superan el costo financiero total (CFT) a una tasa cercana al 150%, de los empréstitos otorgados por ese sector.

2.3. Marco Regulatorio y Entes de Contralor

Consecuentemente, se determinará el ordenamiento jurídico vigente respecto a la tecnología financiera y el contralor estatal ejercido sobre su actividad.

2.3.1. Legislación argentina respecto a *Fintech*

Previo a plasmar la normativa vigente en nuestro país, considero destacable mencionar la implementación de los Proveedores de Servicios Pagos[81] (PSP) y la Clave de Validación Única[82] (CVU), que nos transformó en pioneros a nivel global e instaló un pilar basal, que permitió que la tecnología financiera en Argentina pueda interoperar con billeteras virtuales entre sí (no bancarias) y con cuentas bancarias, coadyubando a la ejecución de las transferencias inmediatas entre ambos sectores.

Luego de esa breve referencia, cumplo en informar el marco regulatorio vigente en nuestra nación:

En principio debemos tener en cuenta que, no existe aún legislación específica respecto a Fintech, tarea ardua y pendiente que,

80 https://www.infobae.com/economia/2020/06/11/las-fintech-defienden-su-sistema-de-credito-urgente-y-respondieron-al-bcra-que-sus-clientes-no-tienen-otra-via-de-acceso-a-un-prestamo/ Consultado y disponible el 20/06/2020.

81 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. Fuente: http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6885.pdf

82 Es un código de 22 dígitos que facilita la interoperabilidad entre los clientes de los PSP y otros clientes del sistema financiero; al igual que en la CBU, cada CVU es única, en función de la combinación de datos que la componen. Fuente: https://www.bcra.gob.ar/Medios-Pago/Politica_Pagos.asp

hasta el momento de la redacción de la presente, el legislador no ha podido alcanzar. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico presenta diversas normas de dispar carácter, que se relacionan directa e indirectamente con dicho tópico, a saber:

a) Constitución Nacional art. 14 y 19.

b) Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, art. 22 y concordantes: plataformas de financiamiento colectivo (*Crowdfunding*)[83] y su Decreto 711/2017[84].

c) Ley 25.326 de Protección de Datos Personales[85] y su reglamentación la Resolución 48[86] y 132/2018[87] de la Agencia de Acceso a la Información Pública, respecto a la formación de base de datos.

d) Disposición 4/2004[88] y 7/2005[89] en relación al Código de Ética de Marketing Directo y de clasificación de infracciones respectivamente. Así como las Disposiciones Nº 8/2006[90] sobre página web; Nº 2/2008[91] de habeas data y la Nº 7/2008[92] de buenas prácticas en políticas de privacidad, todas ellas de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

e) Ley 26.692/2011 de Promoción del *Software*[93] (que reformó la Ley 25.922/2004) brinda beneficios tributarios, que se ven manifestados por el control de cambios imperante, pero comprime los costos del desarrollo tecnológico.

83 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273567/norma.htm
84 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/279301/texact.htm
85 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm
86 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312662/norma.htm
87 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/315502/norma.htm
88 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/101360/norma.htm
89 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/111293/texact.htm
90 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-8-2006-116543/texto
91 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-2-2008-138421/texto
92 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-7-2008-143831/texto
93 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98433/texact.htm

f) La implementación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)[94], en concordancia con esta temática.

g) Por último y no menos importante, cabe mencionar las Comunicaciones "A" 6859[95], "A" 6885[96], "A" 6929[97], "A" 6942[98] y "A" 6948[99] emitidas en el corriente año[100], por el BCRA[101].

2.3.2. Entes de contralor

Debido a la carencia de una legislación especial sobre el ítem tratado y su amplio campo de acción, Fintech es controlada en nuestro país, de modo tripartito:

Banco Central de la República Argentina: en lo que respecta a todas aquellas herramientas tecnológicas que operen en el sector bancario y financiero, realizándolo a través de la Mesa de Innovación Financiera (MIF)[102].

Comisión Nacional de Valores: realiza el contralor de las aplicaciones cuyo objetivo son fideicomisos y/o las inversiones, desempeñando esta función mediante el denominado Grupo de Trabajo Fintech Interdisciplinario (GTFI), que cumple su misión en forma conjunta y coordinada por la MIF (BCRA).

Superintendencia de Seguros de la Nación: por el capital y actividad realizadas, InsureTech y herramientas a fines, son fiscalizadas por este organismo.

94 Idem 19 y 20.
95 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6859.pdf
96 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6885.pdf
97 https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6929.pdf
98 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6942.pdf
99 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6948.pdf
100 Branciforte, Fernando O. Análisis de las comunicaciones "A" 6859 y "A" 6885 del BCRA. Su implicancia para las empresas fintech, usuarios y consumidores de sus servicios. LA LEY 19/02/2020. AR/DOC/197/2020
101 Branciforte, Fernando O. El nuevo mundo pandémico y su efecto en las fintech, los consumidores y los usuarios. LA LEY 03/06/2020, 6.
102 http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Innovacion_financiera.asp

2.4. *Fintech* en Argentina.

A modo ilustrativo, cabe mencionar algunos ejemplos de tecnología financiera en nuestro país:

AFLUENTA[103]: Fintech que otorga créditos e inversiones entre personas, por fuera del sector bancario, bajo una operatoria totalmente online. Se caracteriza por ser la primera red de finanzas colaborativas local y su fundador y CEO, es vicepresidente de la Cámara Fintech de Argentina[104].

UALÁ[105]: aplicación móvil para administración financiera personal realizada para Argentina y que funciona a través de Mastercard. Allí, se puede realizar transacciones financieras, transferir dinero y realizar pagos y compras, en nuestro país o el exterior y cuenta con la opción de financiamiento por medio del denominado préstamo Ualá.

TODOPAGO[106]: utilizada para abonar con tarjetas de débito y crédito, cargar saldo en la SUBE y celular, pagar compras, facturas; además de enviar y recibir o retirar dinero del cajero sin tarjeta.

3. CONCLUSIÓN

Con la aparición y propagación del virus SARS-CoV-2[107], que provoca la enfermedad (actualmente pandemia[108]) COVID-19, ha cambiado el paradigma mundial de operatoria y accionar, no escapando de ello el sector financiero, bancario, seguros e inversión, propiciándose un resurgimiento y posible herramienta viable para apaliar el estancamiento monetario, déficit macro y microeconómico, entre las falencias y deficiencias que presentan la actividad económica-productiva.

Es por ello que, ante esta situación global extraordinaria, que provoca daños irreparables día a día, Argentina cuenta actualmen-

103 https://www.afluenta.com/
104 https://camarafintech.com.ar/nosotros/
105 https://www.uala.com.ar/
106 https://todopago.com.ar/
107 https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus
108 Declarada por la Organización Mundial de la Salud, con fecha 11/03/2020.

te con la tecnología financiera suficiente para mitigar los males que perturban a nuestra población, teniendo el gobierno el deber de promover dichas herramientas digitales e impulsar el encuadre normativo general y particular de cada una de ellas, con el objetivo no solo de contribuir a la economía y bienestar de los habitantes de esta Nación, sino para distinguirse a nivel mundial, atrayendo actividades productivas y capital extranjero. Es de vital importancia, dejar de lado la forma tradicional de operatoria en los sectores precedentemente mencionados, para actualizarnos y comenzar a generar desarrollo económico real y sustentable al alcance de mayor cantidad de usuarios.

Considero fielmente que, este macro-objetivo debe ser llevado adelante por toda la sociedad argentina en su conjunto, desde la clase política proponiendo el diálogo, difusión y legislación (con evidentes implicancias tributarias -que traigan aparejada una baja, respecto a la presión fiscal- y serias limitaciones a los costos operatorios de *Fintech*, en defensa de sus usuarios), así como el sector empresario que desarrolla y utiliza la tecnología financiera deberá exponer sus inquietudes y necesidades para ofrecer más y mejores servicios, correspondiéndole a los medios de comunicación, divulgar la existencia y beneficios de Fintech, no limitándose al seguimiento permanente y constante de la propagación del COVID-19, tornándose la prensa monotemática.

Para finalizar y en respuesta al título del presente trabajo, me encuentro convencido que la tecnología financiera, es una herramienta viable (junto con otras que escapan al estudio de este trabajo) para combatir la decadencia económica argentina que ha incrementado año tras año y que, si no se buscan métodos o caminos alternativos sobre todo ante este flagelo mundial, nuestro país dejará de trastabillar para caer penosa y definitivamente al suelo.

§ 1.22. Fintech: embargo de fondos provenientes de billeteras virtuales

Por Dr. Marcelo F. Boedo

Colegio de Abogados de Morón

Recientemente y de modo innovador, la Cámara de apelaciones de Lomas de Zamora revocó la sentencia de juzgado de Primera Instancia dictada en los autos M. R. E. C/ M. L. A. S/ COBRO DE HONORARIOS–EXPTE. LZ-27524-2018" en cuanto rechazaba la solicitud de embargo referente a los fondos pertenecientes al demandado en la cuenta de Mercado Pago, basado ello en el entendimiento de mediar imposibilidad d ello, dado que las Fintech resultan ser entidades que se encuentran por fuera del alcance del sistema bancario.

Fue así es que la alzada modificó el criterio adoptado por el a quo, al sostener que tal circunstancia no resulta óbice a la traba de la cautelar peticionada, dado que tal como reiteradamente sostuvo la SCBA, la finalidad del instituto cautelar no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, motivo por el cual la procedencia de toda medida precautoria no exige de los jueces un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino verificar la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible (Cfr. CSJN, Fallos: 306:2060; 313:521; 318:2375; 314:711; íd. SCBA, LP I 73232 2 RSI-472-14 I 08/10/2014) más allá de la mutabilidad que caracteriza a las medidas cautelares en función de los cambios que se produzcan en las circunstancias de hecho o de derecho por las cuales fueron anteriormente decretadas o denegadas (Cfr. Art. 203, 230 y 232 del C.P.C.C.; Fassi–Yáñez, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, pág. 64 y sus citas). Existiendo entonces la posibilidad cierta de efectuar con "app" todo tipo de pagos accediéndose al crédito mediante tarjetas prepagas no bancarizadas

—denominadas contactless— que, en rigor, si bien actúan en modo similar a las tarjetas de crédito o débito tradicionales, en realidad no lo son, en tanto se les carga el dinero previamente para poder luego utilizarlo de manera online, o en comercios; sin que hayan pasado por el sistema financiero regulado por el Estado, los fondos resultan claramente embargables por los acreedores de aquellos conforme a los arts. 15, 16 y 743 del CCyC.

Siendo entonces que tal como remarca el ar. 743 del CCyC, tanto los bienes presentes como futuros del deudor constituyen la garantía común de sus asibles acreedores deviene entonces que lejos de existir un "numerus clausus" de bienes a la mano del acreedor, nos encontramos frente un amplio abanico de posibles situaciones tan amplio y maleable, como la composición del activo del accionado-tanto en bien tangibles o como en derechos creditorios-salvo claro, las limitaciones respecto a los bienes inembargables que la propio ordenamiento legar seguidamente establece.

Entonces, los novedosos métodos de pago que vienen imponiéndose en la sociedad amplía sin lugar a dudas el horizonte mencionado, en tanto luce evidente e irrefrenable la mutación de en el desenvolvimiento de las operaciones civiles y comerciales de todos los órdenes hacia la aplicación de las nuevas tecnologías que al igual que como ocurre con los procesos judiciales, tiene a una paulatina pero constante despapelización de los procesos, para llevar su desenvolvimiento al campo de lo virtual, Vgr. dinero electrónico, billeteras virtuales, plataformas comerciales, letras de cambio electrónicas, e cheqs, etc.

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

de escaneado de código QR.

Según Santiago Mora la problemática de los pagos efectuados por medios electrónica desde la óptica del «sistema», aclarando que, si bien el género llamado «sistemas electrónicos de pago» no se encuentra previsto en la legislación argentina, es útil recurrir a él para enmarcar, vincular y distinguir una importante cantidad de esquemas de negocios que se utilizan en la actualidad para facilitar pagos electrónicos En nuestro país, las regulaciones existentes en la especie no se encuentran conglomeradas en un único cuerpo normativo, sino que por el contrario se encuentra diseminadas a lo largo del orden jurídico (Mora, S. J., "Sistemas electrónicos de pago en general y sistema de dinero electrónico en particular", en Mora, S. J.–Palazzi, P. A. (comps.), Fintech: aspectos legales, CDYT Colección Derecho y Tecnología, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, t. I, p. 257).

A fin de arrojar luz respecto de los diversos aspectos de los medios electrónicos de pago, tal como enseña Gastón Bielli, el dinero electrónico representa un crédito sobre el emisor: el valor registrado equivale a una obligación de dar sumas de dinero cuyo deudor es el administrador del sistema/emisor del dinero electrónico, mientras que el acreedor será el usuario que figure en el sistema como titular del dinero electrónico en cuestión, ya sea porque se trate de un usuario que cargo dicho dinero y aun no lo usó, o porque se trate de un usuario que lo recibió como pago por productos o servicios determinados

La billetera virtual es una aplicación móvil que permite realizar múltiples operaciones financieras dinerarias, sin necesidad de poseer una cuenta bancaria u operar obligadamente con una entidad de dicha naturaleza. Implican la existencia de un sujeto que administra el sistema y que gestiona la transferencia virtual y en línea desde una parte que lo requiere a otra parte que aquella identifica como beneficiaria, aportando los datos que permiten su identificación (código QR, razón social, correo electrónico, alias, etc.)

Dentro de las Apps más utilizadas se encuentran:

Mercado Pago, plataforma de pagos electrónicos de Mercado Libre

a la cual se puede acceder mediante la descarga de una aplicación y el alta de una cuenta, trasformando así al dispositivo móvil en la llave de acceso a la billetera virtual. Una vez efectuado el pago, Mercado Pago acredita el dinero en la cuenta del vendedor, que puede ver el mismo reflejado pero no lo tiene disponible hasta que confirmes que se cumplieron las condiciones de compra. Es decir, hasta que la transacción haya concluido de manera satisfactoria.

Ualá, que se instrumenta a través de una tarjeta prepaga que no está bancarizada. La misma se puede recargar en Pago Fácil, Rapipago como también al vincularla a una cuenta bancaria a través del CBU. Para comenzar a operar basta con bajar la app que está disponible para Android e IOS, La aplicación permite enviar dinero a otra persona, pagar servicios y gestionar sin documentación adicional una tarjeta prepaga MasterCard global con la que se podrá pagar en el país o en cualquier lugar del mundo- se puede utilizar en cualquier comercio, con la simple condición de que el mismo posea Posnet, además de que no posee ningún tipo de cargo por mantenimiento.

Pim: Es una herramienta de inclusión financiera lanzada por el Banco Nación buscando convertir el celular en una billetera móvil. A diferencia de otro tipo de billeteras electrónicas, este servicio no requiere de una cuenta bancaria y funciona con cualquier tipo de dispositivo celular, no es necesario que sea exclusivamente un smartphone, ya que todo el proceso se hace con mensajes de texto (SMS), es decir, Pim no se requiere conexión a Internet, para poder realizar compras o transferir hay que efectuar una carga, la misma puede hacerse a través de Pago Fácil, Rapipago, Link o Pago mis cuentas (Cfr. Contratos electrónicos–cuestiones procesales. Tomo II Bielli, Gastón E., Ordoñez, Carlos J. Ed. La Ley Capítulo XVII–Medios de pagos electrónicos).

Ello sin dejar de tener en mira a las plataformas virtuales -Prisma medio de Pago–que vinculan a las tarjetas de crédito como Visa, Naranja, Maestro, American Express, Cabal y MasterCard con el comercio que ha efectuado la venta-

A modo de somero análisis a los fines de delimitar el campo de aplicación del medidas a adoptar, podría decirse que las empresas

Fintech —término que según el Banco Central de la República Argentina refiere a las innovaciones tecnológicas en servicios financieros- luego de una orfandad normativa que dejaba a las mismas por fuera de las regulaciones de la entidad rectora, han sido alcanzadas a partir del 31 de enero del corriente por la Comunicación A 6885, que a grandes rasgos podría decirse que alcanza a los Proveedores de Servicios de Pago, definidos estos como las personas jurídicas que, sin ser entidades financieras, cumplan al menos una función dentro de un esquema de pago minorista, en contraposición a los denominados pagos mayoristas, que son los efectuados entre entidades financieras entre sí y con el BCRA- quedando excluidas también los esquemas de pago regulados por la Comisión Nacional de Valores para la colocación primaria y/o negociación secundaria, y/o la compensación y/o liquidación de valores, y cuyo objeto sea la retención y/o percepción y liquidación de sumas destinadas a cancelar obligaciones tributarias o de otro orden con el Estado en cualquiera de sus niveles y agencias, normativa esta que faculta a la entidad matriz del sistema bancario a revocar la autorización en caso de incumplimiento, por aplicación de los arts. 46, 47 y c.c. de la ley de entidades financieras-

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

Al efecto en menester destacar que el ciento por ciento de los fondos de los clientes deberá encontrarse depositado –en todo momento– en cuentas a la vista en pesos en entidades financieras del país, sin perjuicio de la facultad del cliente de solicitar la transferencia de los saldos acreditados para su aplicación a la realización de operaciones con "fondos comunes de dinero" en el país, debiéndose debitar la cuenta de pago. En este último caso,

se requerirá que los saldos invertidos sean informados de manera separada del resto. Pese a que de modo confuso, seguidamente la comunicación expresa que los fondos depositados en cuentas de pago no constituyen depósitos en una entidad financiera, ni cuentan con ninguna de las garantías que tales depósitos puedan gozar de acuerdo con la legislación y reglamentación aplicables en materia de depósitos en entidades financieras.

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

Retomando entonces el principio vertidos por el Art. 743 del CCyC que abarca tanto a los bienes presentes como futuros del deudor, forzoso es concluir que se encuentra al alcance tanto las sumas existentes, como las que en el futuro ingresen a la cuenta del deudor, tal como ocurre con los embargos de cuentas bancarias del sistema tradicional, por lo que entendemos que a modo de tipificación de la medida, que no s hallamos frente a la inmovilización de derechos creditorios impidiendo así su percepción por parte del deudor.

Retomando el caso de la billetera virtual de Mercado Pago y opera principalmente con la plataforma de ventas MercadoLibre, uno de los puntos álgidos que podría presentarse es el de determinar a quién pertenece y dónde se halla el dinero depositado por el adquirente durante el plazo de arrepentimiento de 10 días corridos previsto por artículo 34 de la ley 24.240 de defensa del consumidor, por cuanto entonces si bien la suma ha sido depositada por el comprador y ha quedado formalizado el contrato, existe tal facultad, que si bien no resulta del todo análoga podría compararse con la condición resolutoria prevista en el Art. 348 del CCyC, que genera en consecuencia la obligación de las partes de la restitución de aquello percibido.

La respuesta surge de la información de la propia plataforma que explica que para el caso de intentar dejar sin efecto la operación, el adquirente deberá contactarse con el vendedor para que este restituya el valor desde su cuenta de Mercado Pago (Cfr. :https://www.mercadopago.com.ar/ayuda/devolver-dinero-compra_1601).

Es entonces que entendemos que tanto de haberse efectuado la transacción por los métodos tradicionales mediante depósito de dinero en una cuenta bancaria como por billetera virtual, la acreencia corresponde ya al patrimonio del vendedor, y resulta por ende susceptible de embargo, sin perjuicio del ulterior derecho de arrepentimiento que pudiese ejercerse-

Ahora bien, adentrándose aún más en las vicisitudes procesales que pudieren plantearse, tomando en cuenta que difícilmente el acreedor de un proceso pudiese efectivamente retirar el dinero embargado antes del vencimiento del plazo de "arrepentimiento" mencionado, ante lo cual el vendedor afectado por la devolución de un producto se encontraría entonces facultado a plantear la sustitución de la medida cautelar proponiendo el relevo del dinero por el producto devuelta, so pretexto del gravamen padecido al no contar entonces con los fondos para hacer frente a su obligación contractual contraída tanto con la plataforma como con el adquirente, planteo este que si bien resulta formalmente procedente, ha de ser de dificultosa prosperidad dado que si bien cumple en principio con la igualdad de los valores en sustitución, somete al acreedor a los devenires de una eventual subasta a los efectos de poder lograr la liquidez que con la medida primigenia ya contaba-

Al decir de Quadri La sustitución consiste, entonces, sea en la transformación de la medida decretada en otra menos enérgica, sea en el reemplazo del bien o bienes originariamente afectados por otro u otros de valor equivalente y que halla su fundamento en la necesidad de evitar o disminuir perjuicios innecesarios, que eventualmente pueda ocasionar aquella. El principio que inspira las normas que autorizan la sustitución de medidas cautelares tiene un doble aspecto: que se mantenga adecuadamente protegido el crédito que garantizan y, al mismo tiempo, que no se cause innecesariamente perjuicios al deudor. Entonces, y como bien lo

dice Camps, la pauta genérica que rige en estos supuestos será siempre mantener la incolumidad de la garantía- Al respecto, se remarca desde los tribunales que para acceder a la sustitución de bienes cautelados es necesario que los bienes ofrecidos representen igual o similar garantía que lo embargado, en tanto se resguarden debidamente los derechos de la contraparte. Es por ello que, en general, la jurisprudencia se muestra reacia a sustituir los embargos ordenados sobre fondos líquidos por medidas de igual naturaleza pero sobre bienes registrables (inmuebles o automotores) aun cuando el valor de los mismos superara el monto líquido embargado. Es que, en tal caso, los bienes ofrecidos en reemplazo constituyen una garantía indirecta y mediata, creando una situación de incertidumbre para el embargante, ya que es necesaria la subasta de los bienes cuyo precio resultará indefinible hasta ese momento (Cfr. Gabriel H. Quadri–Medidas Cautelares- Teoría y práctica Ed. Erreius, p. 119)

En conclusión podríamos decir que frente al avance de las nuevas tecnologías y su incorporación a la práctica del comercio, del mismo modo que los títulos cartulares irán mutando hacia los títulos electrónicos, la tarea del interventor recaudador tutelada por el CPCC a los fines de lograr la retención del dinero proveniente del giro de la empresa, en la medida en que el comercio electrónico continúe en expansión, se verá en la práctica sustituido por la cautelar de embargo de fondos provenientes de la billetera virtual ligada a la persona del deudor.

§ 1.23. La teoría de las redes contractuales y los contratos conexos

Por Dr. Gabriel Antonio Makcimovich

Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

La Teoría de las Redes Contractuales y los Contratos Conexos permite establecer los parámetros de la responsabilidad civil del proveedor y otros integrantes de los sistemas de comercialización, específicamente sobre responsabilidad por incumplimientos contractuales o en los supuestos de cumplimiento de la obligación de saneamiento por vicios ocultos o defectos de fábrica, sea en contratos de consumo como en contratos paritarios y de empresa, en casos de pluralidad de sujetos responsables.

a) Introducción. Antecedentes del tema y su contextualización. Efectos en el sistema general de responsabilidad civil y en el sistema de Defensa del Consumidor.

Esta ponencia está pensada como un apunte más en el tema de la delimitación exacta de la aplicación del art. 40 LDC, y la necesidad de encontrar a través de la figura de las Redes Contractuales y Contratos Conexos (arts. 1073 al 1075 del CC y C) **la forma dogmática que realmente satisfaga, a entender de este ponente, los valores de Verdad Jurídica y de Justicia**, en palabras del Maestro Carlos Cossio, en casos concretos de incumplimiento contractual o supuestos de operatividad de la obligación de saneamiento por defectos o vicios ocultos de las cosas objeto de los negocios jurídicos en el mercado, en supuestos de pluralidad de responsables. Es decir, posibilitar un sustento dogmático a la imputación de responsabilidad a los participantes directos o indirectos en una cadena o sistema de comercialización o distribución, con prescindencia de la condición de consumidor del damnificado, y con ello evitar utili-

zar la norma del art. 40 de la LDC en forma exorbitante más allá de su verdadero sentido jurídico y alcance material, y a su vez posibilitar extraer soluciones justas no solo para los consumidores, sino también para otros operadores damnificados no consumidores, estableciendo nuevos paradigmas o directrices, sea en supuestos de contratos de consumo (en sus diversas clases), sea en supuestos de contratos paritarios y de empresa.

El tema por demás discutible y complejo ha sido abordado desde diversas miradas por la doctrina nacional y por la jurisprudencia actual, pero específicamente en cuanto la aplicación del art. 40 de la LDC. Ello motivó otras ponencias presentadas al respecto por quien escribe en anteriores Encuentros de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, partiendo casi siempre del análisis de sentencias (fenómeno jurídico por antonomasia) dictadas por Cámaras de Apelaciones provinciales o de la propia SCBA. Y sin que implique un reduccionismo de tan vasto tema, otra vez un interesante fallo dictado por la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala II (sala integrada) del Departamento Judicial de La Plata de fecha 19/08/2020 Causa Nro. 127.580 permite retomar esos análisis y expresar estos nuevos apuntes para continuar reflexionando.

Para arribar al sentido de la ponencia me impuse algunos esfuerzos intelectuales que invito a los lectores a realizar actualizando su contenido en el mismo momento de leerla y repensarla desde sus propias miradas. Así, se desprende que si resulta absolutamente necesario abordar el análisis asumiendo determinadas perspectivas de la dogmática jurídica sobre las diversas figuras técnicas que se interrelacionan sin trastocar el sentido que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a través de años de evolución jurídica, *ello no debe resultar obstáculo alguno para su reinterpretación o resignificación contextualizada.*

Se trata, sin abdicar de determinada mirada objetiva, de contextualizar el tópico con todo el haz de valores involucrados, y en la realidad co-existencial en la que participamos como operadores jurídicos desde el punto de vista social, económico, político, institucional, normativo, etc., en definitiva dentro de un sistema capitalista en un mundo globalizado y con una mundialización cultural

unilateral innegable sostenida en base a la promoción del consumo (sea sustentable o no lo sea), en la publicidad y la idea de "marca", en la predominancia de las reglas del mercado, en la determinante actuación del sistema financiero mundial, en la concentración de la riqueza como efecto, en la revolución tecnológica y comunicacional, en la debilidad macroeconómica de algunos Estados, etc. Y con estos postulados intentar arribar a nuevas reflexiones, tratando de no crear un artificio, "un juego", un "invento" de los juristas que escapan de la Vida como la verdadera base del Derecho, y aplican todavía un racionalismo normativo inadmisible en la actualidad, tratando de acomodar la realidad al sentido literal de las leyes, exclusivamente apelando a la interpretación lógico-formal de las normas en forma descontextualizada.

En los parágrafos siguientes abordaremos brevemente el caso que usamos como disparador, luego efectuaremos el "análisis-núcleo" de la ponencia, y en el final algunas conclusiones–siempre provisorias-, y las apostillas pertinentes.

b) El fallo "disparador". Los hechos y las decisiones de los Magistrados. La crítica.

Como se anticipaba más arriba la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala II (sala integrada) del Departamento Judicial de La Plata con fecha 19/08/2020 en la Causa Nro. 127.580, autos caratulados "PAVONE FERNANDO RUBEN C/KIARA AUTOMOTORES S.A. Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJUICIOS INCUMP. CONTRACTUAL (EXC.ESTADO)" [109] dictó sentencia confirmando la resolución de primera instancia en lo esencial, no obstante modificar los alcances y valuación de algunos rubros reclamados, pero haciendo lugar al reclamo principal de la parte actora. Los hechos debatidos fueron los siguientes. El accionante había comprado un automóvil en la concesionaria Kiara y dentro del término de la garantía oficial avalada y suscripta por la terminal, reclamó por defectos ocultos de fabricación (vicios redhibitorios), peticionando la entrega de otra unidad nueva en sustitución del rodado defectuoso, y otros rubros indemnizatorios, luego de haberlo usado por

109 http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=46079&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%BA%20127.580).pdf

un tiempo considerable, ello en base a lo dispuesto por los arts. 12, 13, 17 y c.c. de la LDC sobre responsabilidad por reparación no satisfactoria en los talleres de la concesionaria.

El fallo tiene diversas aristas tales como la viabilidad de los rubros reclamados, valuación de los mismos, conductas del propio consumidor para determinar cómputo de intereses y procedencia de rubros, aplicación de la doctrina legal de la SCBA en materia de intereses, rechazo del daño moral, confirmación del daño punitivo aplicando la teoría amplia con cita de un fallo de la SCBA, la cuestión de las costas, aplicación de las normas de protección del consumidor contendidas en el CC y C conforme lo dispuesto por el art. 7 del mismo por considerarlas de Orden Público y de vigencia y aplicación inmediata en la materia, etc.

No obstante en lo que interesa a esta ponencia en el Considerando VII el Magistrado votante en primer término trató el agravio desarrollado por la terminal General Motors Argentina S.R.L. sobre la *condena solidaria* de la misma junto a la Concesionaria Kiara Automotores S.A.

Para sostener la condena solidaria de ambas codemandadas el juzgador se apoyó en primer término en la aplicación en el caso del art. 40 de la LDC (cuestión que es motivo de la crítica que se sostiene en esta ponencia como se anticipaba en la introducción); luego citó la aplicación de los arts. 12 y 13 también de la LDC que no merece reproche, la existencia de una *conducta activa y participativa de la terminal en el negocio de compraventa celebrado* y la existencia de la garantía operativa predispuesta y aceptada por la terminal.

Lo más interesante a entender de este ponente es la explicación integral que brindó el Magistrado a partir del párrafo 11 del Considerando en cuestión para fundar la responsabilidad solidaria de la concesionaria y de la terminal automotriz, donde en forma clara y precisa describió la figura de las redes contractuales y contratos conexos prevista en los arts. 1073 al 1075 del CC y C, *pero sin citarlos*. Así conviene transcribir esos renglones que no agotan el tema pero ayudan a la comprensión del sentido de este trabajo:

"No resulta ocioso señalar que en este tipo de negocios hay al menos dos partes que participan del negocio final en la venta de un automotor: el concesionario (en este caso Kiara Automotora) -que es quien debe entregar la unidad en los términos acordados en el contrato- y la terminal o fábrica (en el presente General Motors de Argentina) que se ocupa de producir o importar la unidad según el caso y quien -generalmente- otorga la garantía. ***Se trata de un interés común, operado mediante contratos entrelazados en un conjunto económico, que persigue el cumplimiento de la prestación de un único negocio****. La operatoria interna entre las empresas para el cumplimiento de la prestación esencial no debe ser opuesta al consumidor quien compra el bien* ***confiando en el prestigio de la marca*** *y desconociendo estas circunstancias que resultan propias y exclusivas del giro empresarial".*

La crítica que nuevamente en esta ponencia se esboza, similar a otros fallos ya estudiados, es que en los supuestos analizados la solidaridad de las codemandadas no puede devenir de la aplicación del art. 40 de la LDC sino justamente de la aplicación de la Teoría de las Redes Contractuales y Contratos Conexos, *como el propio sentenciante desarrollara en el Considerando en análisis.*

En efecto, tal como se estudiara en el Derecho Comparado europeo, y especialmente el francés luego de la reforma del año 1998 en el tópico sobre la responsabilidad solidaria de los participantes en la cadena de comercialización de un producto elaborado, lo que realmente se reguló en el art. 40 de la LDC no es la atribución de responsabilidad por el incumplimiento total o parcial del objeto del contrato de consumo, sino la cuestión de los daños causados por productos elaborados, es decir por los daños derivados de su peligrosidad y defectos sufridos por el consumidor o por terceros. Existen varios estudios al respecto con abundante cita de jurisprudencia en este sentido. No obstante, existe también una notable tendencia jurisprudencial de ampliar los alcances sustanciales de la mencionada norma para imputar responsabilidad objetiva solidaria a diversos participantes en la cadena de intermediación o distribución o comercialización en supuestos de incumplimientos de contrato de consumo utilizando la mencionada norma.

Esta tendencia no repara que puede arribarse a conclusiones similares con notable sentido de Justicia, construyendo el sustento de la imputación de responsabilidad solidaria, aplicando los arts. 1, 10, 12, 13, 17 y c.c. de la LDC en operaciones con consumidores; en las normas del CC y C sobre el principio de buena fe contractual, obligación de saneamiento, contratos de consumo (arts. 961, 1033, 1038, 1042, 1058, 1092, 1093, 1100, 1716, 1721, 1722, 1724, 1725, 1728, 1734, 1735, 1736, y c.c. del CC y C) y naturalmente la aplicación de la *Teoría de las Redes Contractuales y Contratos Conexos (arts. 1073 al 1075 del CC y C) en caso de pluralidad de sujetos responsables (sea en forma concurrente o solidaria, arts. 827, 833, 850, 1042, 1751 y c.c. del CC y C).*

Por ello, desde esta perspectiva esta construcción es aplicable a todo tipo de contratos similares, sean o no de consumo, porque la misma expande sus alcances a todo el ámbito contractual, aún en contratos paritarios o de empresa. Y a su vez, señala los justos límites de la aplicación del art. 40 LDC, norma que tuvo otro origen, otro fundamento, y está dirigida a resolver otros supuestos fácticos a entender de este ponente.

b) Algunas apostillas. Conclusiones

De las aristas y pormenores del negocio jurídico complejo que implica una operación como la debatida en el fallo comentado, derivan algunas cuestiones que merecen algunas líneas de mínimo análisis. Estas conclusiones no son definitivas pero pueden resultar nuevos puntos de partida para mejores y más profundos estudios.

- La Teoría de las Redes Contractuales y Contratos Conexos, y la posibilidad de imputación de responsabilidad solidaria en caso de pluralidad de sujetos responsables, además de la referencia normativa, se apoya en la Buena Fe, en la Teoría de la Apariencia, en la existencia de grupos económicos con intereses comunes, y en la noción de empresa en su perfil dinámico, en el decir del Dr. Jaime Anaya, como una actividad profesional de organización que como tal está en la *causa jurídica de la operación* (Ascarelli) y que justamente es mentada en el art. 1039 inc. b del CC y C y subyace en el sentido del art. 1725 del mismo cuerpo legal.

- Los contratos deben interpretarse no solo desde su función

económica, sino como *procesos*, que implica analizarlos como actos jurídicos y al mismo tiempo como conductas de cumplimiento, es decir, pensarlos también como "contratos realidad".

• No obsta a la imputación de responsabilidad solidaria en casos como el debatido en el fallo comentado, la existencia de un contrato de concesión comercial regulado por los arts. 1502 y s.s. del CC y C, en tanto como lo describiera el Maestro Osvaldo Marzorati en su obra referencial "Sistemas de Distribución Comercial" de principios de la década del '90, estos *sistemas* , se tratan de *contratos de colaboración*, y este ponente sostiene que no obstante la independencia jurídica y económica formal entre el concedente y el concesionario por ser *contratos de empresa, a mayor colaboración y necesidad de conductas activas del concedente en el cumplimiento del contrato frente a los terceros contratantes con el concesionario, mayor responsabilidad asumida por aquel ante el incumplimiento integral del mismo.*

• No puede obviarse en las consideraciones de estos casos la presencia central en el mercado nacional, regional y mundial, de la noción de "*marca*", la publicidad que la sustenta y la "confianza" que de ella deriva en los operadores económicos, nociones que integran y completan consustancialmente el principio de Buena Fe contractual.

Como apostilla final vale decir que, a pesar de que seguramente quedan afuera de esta primera aproximación otras conclusiones y efectos para seguir estudiando, quizás esta ponencia sirva para acercar un poco de luz en el nuevo sendero científico a recorrer en la temática, y lograr al menos mínimamente un acercamiento entre *Verdad Jurídica y el Valor Justicia*, único impulso real que la sustenta, como se exponía al inicio.

§ 1.24. La tecnología aplicada por la empresa en la contratación laboral. Un tema de costos

Por Dra. Adriana V. Bottos

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

La pandemia y el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO) impuesto a partir del 20 de marzo de 2020 con sus variantes, extensiones, flexibilizaciones y retrocesos, colocó en un lugar protagónico la tecnología en la vida de la empresa, poniendo sobre la mesa de debate y estudio temas tales como los títulos electrónicos, el blockchain, criptomonedas y contratos inteligentes; los efectos sobre las deudas, concursos preventivos y quiebras.

Pero el ASPO también determinó que en muchas empresas, bien sea para mantener las fuentes de trabajo o para continuar con su funcionamiento y en la medida que la actividad lo permitiera, se implementara el home office o el teletrabajo.

La figura fue regulada por la ley 27.555 –durante la "cuarentena"- y es definida por la norma en estos términos: "Hay contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación…" y reconoce en cabeza del teletrabajador los mismos derechos y obligaciones que tienen los trabajadores presenciales.

Las ventajas que representa el teletrabajo para la empresa son varias: menor costo de producción; mejores plazos de entrega; eliminación de ausentismo, expansión geográfica, reducción de costos que genera el puesto presencial en forma directa a los que se suman los indirectos.

Sin embargo, hay costos, inversión que la empresa deberá afrontar y que invitamos a analizar a la hora de adoptar el home office: la provisión de los equipos informáticos; adquisición de elementos de protección para cada uno de los trabajadores (y no en función de las dimensiones del establecimiento); el carácter remunerativo que eventualmente le podrá asignar a las sumas que a manera de compensación de gastos del teletrabajador tenga que solventar la empresa, adviértase sobre este punto que si se le otorgara carácter remunerativo impactará en las contribuciones patronales, en las eventuales indemnizaciones, en los adicionales que los Convenios Colectivos de Trabajo establecen a calcular sobre las remuneraciones.

Varios fueron los planteos que se formularon en oportunidad del debate parlamentario de la ley 27.555 provenientes de la parte trabajadora unos y de la patronal otros tantos; a la fecha se espera el decreto reglamentario del Poder Ejecutivo Nacional que podrá traer luces o más sombras, aquí no se trata de estar a favor o en contra de la figura, sino de una adecuada valoración y evaluación de costos iniciales, operativos y extintivos que vienen de la mano con el teletrabajo.

En efecto, como estrategia de abaratamiento de costos puede ser un arma de doble filo, vaya un ejemplo: el decreto 351/79 que reglamenta la ley 19.587 de Higiene y Seguridad establece que: “En todos los casos deberá instalarse como mínimo un matafuego cada 200 metros cuadrados de superficie a ser protegida. La máxima distancia a recorrer hasta el matafuego será de 20 metros para fuegos de clase A y 15 metros para fuegos de clase B”; reduciendo las dimensiones del inmueble donde se desarrolla la actividad, es evidente que serán necesarios menos matafuegos, pero deberán proveerse a cada teletrabajador de uno… Hay que sumar.

Reiteramos no se trata de aniquilar la figura que de seguro hasta su implementación plena seguirá generando debate, reglamentaciones y tal vez hasta nuevas y mejoradas leyes, se trata y proponemos de realizar un buen plan de negocios que incluya una visión lo más completa posible de los costos, costes y beneficios. No hay espinas si rosas, ni rosas sin alguna espina, lo importante es sacarlas a tiempo antes de lastimarse.

§ 1.25. El pagaré en las locaciones habitacionales. Comentario a la reforma ley 27.551 bajo la experiencia de las relaciones de consumo

Por Dr. Ezequiel Rodrigo Galván[110] *y Gustavo Daniel Lueiro Campos*[111]

I. Introducción

La presente ponencia tiene por objeto abordar la reforma que implicó la Ley 27.551 (B.O. 30/06/2020) al régimen de la locación habitacional, especialmente respecto de la prohibición de requerirle al locatario la firma de pagarés (o documentos anexos al contrato):

"*Artículo 1196- Locación habitacional. Si el destino es habitacional, no puede requerirse del locatario: … d) La firma de pagarés o cualquier otro documento que no forme parte del contrato original*" (Código Civil y Comercial, artículo sustituido por el artículo 2° de la Ley 27.551).

Cómo se observa, la citada reforma (vigente desde el 01 de julio de 2020)[112]contiene la decisión expresa del Congreso de la Nación de eliminar al pagaré (generalmente con una función de garantía) de las relaciones de locación habitacional. En consecuencia, nos encontramos ante una contradicción entre la abstracción cambiaria y una protección "causal" de orden público, en cuyo abordaje se recupera el desarrollo logrado en el marco de las relaciones de consumo.

110 Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Alumno de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UM). Diplomado en Derecho Parlamentario (UA). Alumno de la Diplomatura en Derechos del Consumidor y Procesos Protectorios (UNA). Mail: ezequielrgalvan@gmail.com.

111 Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Alumno de la Maestría en Derecho Empresario (UA). Mail: lueirocampos@gmail.com.

112 "*Artículo 23- Las disposiciones de la presente ley entrarán en vigencia el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina y serán aplicables para los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigencia*". (Ley 27.551).

II. Análisis

Como cuestión preliminar, debemos tener presente que el artículo 1196 del Código Civil y Comercial establece límites a la autonomía de la voluntad con la intención de proteger al locatario[113], cuya violación es sancionada con la nulidad (Otero, 2015:582). En consecuencia, la reforma que implicó la Ley 27.551 al presente artículo no puede escindirse de la voluntad expresa del Congreso de la Nación de excluir al pagaré o anexos al contrato original de la locación habitacional (bajo pena de nulidad).

De este modo, se restringe la posibilidad del locador de acceder a un título abstracto que le permita la ejecución directa de su acreencia, decisión legislativa también presente en la Ley 25.065 (arts. 14 inc. "h",39 y 42)[114], o de modo tácita en el artículo 36 de la Ley 24.240[115], en función de una tutela calificada a una parte débil o vulnerable de la relación contractual (ahora como persona que accede al inmueble por el cual satisface su derecho a la vivienda).

Siendo que nos encontramos con normativa de orden público (reglamentaria de disposiciones constitucionales y convencionales), ante la ejecución de un pagaré originado en un contrato de locación habitacional posterior al 30 de junio de 2020, la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sobre la ejecución de pagarés en el marco de relaciones de consumo brinda una importante pauta interpretativa al respecto.

En este sentido, la Suprema Corte desde el fallo "Cuevas"[116]ha reconocido una instancia de conocimiento causal (acotado) en el marco del proceso ejecutivo a efectos de identificar si el título abstracto corresponde a una relación de consumo (o locación

113 Además de entender al locatario como una parte débil o vulnerable por su necesidad de acceder a la "vivienda", esta regulación es una protección que se incorpora al "derecho a la vivienda" en su sentido convencional (art. 75 inc. 22 C.N., art. 11 P.I.D.E.S.C. y art. 26 C.A.D.H.), el cual comprende condiciones para una vida digna, seguridad jurídica en su tenencia (Comité DESC, "Observación General n° 4", E/1992/23, sexto período de sesiones 1991, párrafos 7 y 8 inc. "a") y su protección.

114 Cámara Civil y Comercial de Quilmes, Sala I, "Banco Santander Río c/ Bustamante, Emmanuel s/ cobro ejecutivo", expte. 18.991, sent. 06-XI-2018.

115 SCBA "Asociación Mutual Asís c/ Cubilla, María Ester s/ cobro ejecutivo", C.121.684, sent. 14-VIII-2019.

116 SCBA "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ cobro ejecutivo", C.109.305, sent. 01-IX-2010.

habitacional ahora), en lo que podemos considerar un conocimiento causal con limitación probatoria (Galván & Lueiro, 2020:298). Así mismo, en el fallo "Asociación Mutual Asís" (cit.) la Suprema Corte reconoce la procedencia de las defensas causales fundadas en normativa de orden público (Galván & Lueiro, 2020:302)[117].

En consecuencia, si tenemos presente los estándares actuales de la Suprema, encontramos que en todo proceso ejecutivo de un pagaré originado en el marco de un contrato de locación habitacional se habilita (incluso de oficio)[118] una instancia de conocimiento causal que permite, dentro de las limitaciones del proceso[119], conocer la existencia de una relación de locación habitacional subyacente y, constatada la misma, aplicar la sanción al incumplimiento del artículo 1196 del Código Civil y Comercial (nulidad).

III. Conclusiones

A modo de conclusión, la Ley 27.551 es una reforma reciente, cuya intención en el artículo 1196 (Código Civil y Comercial) es principalmente eliminar el pagaré como instrumento de garantía del interés del locador. Así mismo, siendo el artículo 1196 una norma protectoria de un sujeto considerado vulnerable, la misma representa un límite a la autonomía de la voluntad, sancionando su incumplimiento con la nulidad del pagaré.

117 "*IV.5.a. … [p]odrá dar curso a la ejecución. Ello, claro está, sin desmedro del derecho del ejecutado de articular defensas, incluso centradas en el mencionado art. 36, tendientes a neutralizar la procedencia de la acción*". ("Asociación Mutual Asís", cit.)

118 Siendo que estamos ante normativa de orden público, le corresponde al juez (o al ministerio público) aplicarla de oficio (art. 387 Código Civil y Comercial). En este sentido se pronuncia la Suprema Corte en "Cuevas" (cit.) siempre que haya "*[c]onstatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de…*" (entendiendo aplicable el estándar en tanto que el orden público del artículo 36 de la Ley 24.240 no discrimina entre el último párrafo y su restante contenido). Cabe destacar que es probable que, ante la sospecha de una relación de consumo subyacente, se termine identificando que en el pagaré subyace un contrato de locación habitacional comprendido en la Ley 27.551.

119 La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en "Cuevas" (cit.) manifiesta que no corresponde desnaturalizar el proceso, reiterándolo en "Asociación Mutual Asís" (cit.) como un principio de integración/adecuación restringida o limitada al respeto del orden público comprometido (Galván & Lueiro, 2020:304-305). De este modo, se procede a reconocer una instancia de conocimiento causal circunscripto a identificar si el pagaré encuentra su origen en un contrato de locación habitacional posterior al 30/06/2020, sin que implique reconocer una mayor amplitud probatoria o de conocimiento.

En este aspecto, encontrándonos ante una norma de orden público que reglamenta derechos constitucionales y convencionales, en la ejecución de un pagaré en fraude al actual 1196 resultan de aplicación los estándares establecidos por la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires en el marco de las ejecuciones de títulos valores originados en relaciones de consumo (normativa de orden público y constitucional). De este modo, podemos concluir que:

a) se incorpora una instancia de conocimiento causal restringida a identificar si el pagaré se origina en un contrato de locación habitacional bajo la Ley 27.551;

b) el conocimiento causal restringido puede ser incluso de oficio;

c)la indagación causal restringida no modifica en otros aspectos la estructura o limitaciones del proceso; y

d) constatada la existencia de un contrato de locación habitacional bajo Ley 27.551 subyacente, corresponde declarar la inhabilidad/nulidad del pagaré (siendo que el pagaré por sí es objeto de prohibición no se advierte que sea posible su ejecución integrado con el contrato).

Bibliografía

Otero, E. (2015). “Capítulo 4. Locación”. En “Código Civil y Comercial Comentado. Tomo III” (pp. 565-611). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. Disponible: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf .

Galván, E. R. &Luiero Campos, G. D. (2020). “La acción de secuestro prendario en el marco de relaciones de consumo”. En “Revista Derechos en Acción”, n° 14, pp. 293-305. Disponible: https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/9734/8640.

§ 1.26. Tasa municipal por el otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la actividad al abastecedor de productos en general

Por Dr. Nicole C. Wisner Caferri

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

TEMA

Tasa municipal en el Municipio de Monte Hermoso por el otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la actividad al abastecedor de productos en general. Su constitucionalidad. Comentario al fallo "ROUCOMAR S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE MONTE HERMOSO S/ PRETENSION DECLARATIVA DE CERTEZA -OTROS JUICIOS", Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, sentencia del 22/09/2020.

SUMARIO

La tasa municipal establecida en el Art. 51 de la Ordenanza Impositiva nº 2.575 del Partido de Monte Hermoso, en virtud de la cual se compele al pago de una suma de dinero a fin de que distribuidores y abastecedores ajenos al partido obtengan la autorización para el ejercicio de la actividad de abastecedor (mayorista y/o minorista) de productos en general, es inconstitucional, por afectar el principio constitucional de legalidad en materia tributaria. Asimismo, la gabela ha creado una "aduana interior", violando de este modo el art. 75 inciso 13 de la Constitución Nacional y el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La Ordenanza Impositiva nº 2.575 del Partido de Monte Hermoso, prevista para el periodo fiscal 2018, en su Art. 51 prevé que, por los conceptos enumerados, debe abonarse un determinado valor como contraprestación. Específicamente en lo que atañe al presente trabajo, el inc. 1 menciona que por la prestación del servicio de autorización para el ejercicio de la actividad al abastecedor (mayorista y/o minorista) de productos en general, debe abonarse

una tasa de $15.355 pesos anuales, que comprende la autorización para 30 ingresos anuales, previéndose un incremento de la cuantía de la tasa, en caso de superarse la cantidad de ingresos al Partido.

En relación al hecho imponible, entendiéndose por este al hecho legal, hipotético y condicionante, que de producirse en el plano fáctico hace nacer la obligación tributaria, este se encuentra descripto en la Ordenanza Fiscal nº 2.574:

ARTÍCULO 245°): Se abonarán las tasas que fije la Ordenanza Impositiva Anual, por los servicio varios prestados por la Municipalidad de Monte Hermoso, ya sean de carácter directo o indirecto, y que no forman parte de los hechos imponibles de las restantes tasas, en particular aquellos referidos al ordenamiento y control de tránsito, promoción del desarrollo humano, económico, educativo y cultural, atención a la minoridad y problemática social, atención y resolución de situaciones de emergencia. Comprende también el mantenimiento y conservación de parques, plazas, paseos y otros espacios públicos de uso comunitario e infraestructura urbana, forestación, reforestación, y su conservación y/o mantenimiento. Asimismo comprende el desarrollo y conservación de la vía pública en general e instalaciones complementarias, excepto en lo comprendido por los hechos imponibles de la Tasa por Servicios Urbanos y la Tasa por Conservación y Limpieza en Accesos a Zonas no Urbanizadas. También se deberá abonar lo que la Ordenanza Impositiva establezca por los demás servicios directos e indirectos no comprendidos en los hechos imponibles de los demás tributos.

En el caso objeto de estudio, se ha planteado la inconstitucionalidad de la tasa que se le intentara cobrar a la empresa Roucomar SRL, cuya principal actividad resulta ser la captura, procesamiento y venta de productos del mar, así como la distribución y comercialización de carne vacuna, aviar y porcina. De los antecedentes del caso surge que la empresa posee su base de operaciones y procesamiento en el puerto de Ingeniero White, Partido de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, encontrándose dicha base debidamente habilitada por la totalidad de las autoridades competentes, a saber: la Municipalidad de Bahía Blanca, el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) y el Ministerio de Asuntos Agrarios.

En virtud de su función como distribuidor, Roucomar SRL realiza diversos ingresos al Municipio de Monte Hermoso, y en razón de dichos ingresos la municipalidad le ha exigido a la empresa que abone una tasa en concepto de "tasa por servicios varios", a los fines de obtener la "autorización para el ejercicio de la actividad al abastecedor" (mayorista y/o minorista) de productos en general.

Frente a esta situación, y ante la convicción de que el cobro de la tasa mencionada se encuentra en riña con principios constitucionales, la empresa ha intentado una acción declarativa de certeza, a fin de que un tercero imparcial, resuelva lo atinente a la validez de la pretensión municipal de cobrar la tasa descripta, alegando que dicha exigencia torna dificultoso y gravoso el tránsito de productos distribuidos y/o comercializados por la empresa actora, desde sus puntos de elaboración hasta su boca de expendio.

Para ello la actora basó su demanda en tres puntos fundamentales:

1. "Tasa por servicios varios": impuesto encubierto

En el caso de auto, se ha planteado que la "tasa por servicios varios" se comporta como un impuesto encubierto, contrariando no solo el Régimen de Coparticipación Federal, en virtud de que la tasa aquí cuestionada no retribuiría un servicio efectivamente prestado, sino también el "Pacto Fiscal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento", toda vez que la gabela exigida resultaría incompatible con la obligación provincial de promover la derogación de aquellas tasas municipales que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado.

2. Inconstitucionalidad por violación a la "Clausula Comercial"

Con basamento en lo dispuesto por el art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional, el cual establece que resulta ser resorte exclusivo del Congreso de la Nación "reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí", se ha alegado lo discriminatorio que resulta el tributo exigido, toda vez de que el mismo solamente es exigido para aquellas empresas foráneas al Partido de Monte Hermoso, y que por lo tanto requieran autorización para actuar como abastecedoras en dicho partido.

3. Violación al Sistema Nacional de Control de Alimentos

Finalmente, el tercer punto de conflicto alegado se relaciona con el hecho de que, según surge de las actas de inspección e intimación cursadas a la empresa, el supuesto servicio brindado por el Municipio sería el servicio de control de la mercadería transportada, razón por lo cual dicha exigencia se encontraría en abierta contraposición al Sistema Nacional de Control de Alimentos, instaurado por el Dec. 815/99.

Dicho sistema ha sido instaurado con el fin de asegurar el fiel cumplimiento al Código Alimentario Argentino, y se estableció como ámbito de aplicación del régimen a todo el territorio nacional razón por lo cual es el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria quien posee de manera excluyente la facultad de "registrar productos y establecimientos, y ejercer la fiscalización higiénico-sanitaria en la elaboración, industrialización, procesamiento, almacenamiento en los establecimientos y depósitos de los productos, subproductos y derivados de origen animal de tránsito federal o internacional…", quedando las autoridades sanitarias provinciales, y municipales autorizadas a realizar controles exclusivamente en las bocas de expendio.

Si bien en primera instancia se ha hecho lugar al reclamo[120], lo cierto es que el municipio demandado recurrió la sentencia, habiendo la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata dirimido la cuestión mediante sentencia de fecha 22 de septiembre del corriente, al confirmarse la declaración de inconstitucionalidad de la tasa por servicios varios.

Los principales y más salientes fundamentos del fallo del tribunal colegiado se exponen a continuación:

- "Para justificar la percepción de una tasa, la autoridad -en el caso, municipal- debe necesariamente efectivizar, con relación al sujeto obligado al pago el servicio que configura el hecho imponible. No es suficiente para validar la pretensión tributaria que el servicio se encuentre organizado por la comuna, sino que resulta necesario acreditar una efectiva prestación respecto del contribu-

120 Juzgado en lo Contencioso Administrativo nº1 de Bahía Blanca, sent. 26/02/2020.

yente; menos aún podría la autoridad municipal justificarse en la circunstancia de prestar ese servicio con relación a otros contribuyentes ajenos a la relación tributaria que se examina".

- "Es justamente examinando ese vínculo entre el sujeto pasivo -destinatario de la tasa- y el servicio que presta con relación a él la autoridad municipal, que se evidencia la falencia que la Tasa por Servicios Varios exhibe en el presente caso. Aquí a la actora, abastecedora de productos alimenticios, se la grava de modo residual por ingresar al distrito y valerse de las consecuencias que puedan derivarse de los servicios organizados o prestados por el municipio, condiciones que no condicen con aquella exigencia de actividad estatal, particularizada en un sujeto, que necesariamente debe convergir para legitimar la aplicación de esta categoría tributaria".

- "Lo expresado, no significa desfinanciar ni, menos aún, desconocer que tales genéricas prestaciones tienen un costo; más ello no justifica desnaturalizar la categoría tributaria de tasa; en todo caso, otra deberá ser la fuente de la que provengan los recursos económicos necesarios para solventarlos (v.gr. la coparticipación federal y/o provincial de impuestos)".

- "Resulta por demás patente que el Municipio de Monte Hermoso, a través de la tasa aquí cuestionada ha erigido una "aduana interior" para la comercialización de aquellos productos que, en algún grado fabricados y/o procesados en extraña jurisdicción, deban ingresar al territorio municipal sirviéndose del abastecedor mayorista o minorista, claro auxiliar en el desarrollo del comercio de tales productos. Ello descalifica la normativa tributaria examinada, a tenor del concreto planteo de la actora al invocar en demanda el art. 75 inciso 13 de la Constitución Nacional".

- "A tal irremediable vicio de inconstitucionalidad se le adiciona uno más, cual es la afectación al principio de igualdad frente a las cargas públicas, por cuanto aquellos abastecedores mayoristas/o minoristas con sede en el Partido, de bienes y/o productos originados en el propio Municipio de Monte Hermoso, nada deberán tributar por la tasa enjuiciada, lo que permite también censurar la gabela, esta vez con sustento en lo plasmado por la Corte Suprema

de Justicia nacional en “Bayer S.A. e/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, sent. 31/10/17.

Como cuestión preliminar, se deja expresa constancia que se comparte plenamente la vía procesal elegida al instaurar la demanda, en virtud de que la acción declarativa legislada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, constituye el medio procesal conducente para conferir certeza respecto de la constitucionalidad de normas locales cuando se denuncia, como en este caso, su palmaria colisión con el régimen de coparticipación federal, así como respecto a normas de carácter federal (art. 75 inc. 13 CN y el Decreto Nacional 815/99 que instaura el Sistema Nacional de Control de Alimentos).

Asimismo, se comparten los fundamentos del fallo, en función de las siguientes consideraciones:

En relación al primero de los argumentos introducidos por la actora, vale decir que la técnica legislativa utilizada por la autoridad municipal, al abordar de manera indiscriminada múltiples servicios –todos ellos constitutivos del mismo hecho imponible-, ha atentado contra la posibilidad de individualizar con la precisión exigible cuál o cuáles de todos ellos se han concretado y en qué medida con relación a la actora, no habiendo la demandada siquiera alegado ni intentado probar qué servicio en particular ha sido el supuestamente brindado a la empresa accionante. Sabido es que la tasa, como categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, si bien posee una estructura análoga al impuesto, se diferencia de este por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50, 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251, entre otros). Así, la diferencia entre la tasa e impuesto queda indubitadamente determinada por la existencia -o no- en sus respectivos presupuestos de hecho, del desarrollo de una actividad estatal que compromete al obligado.

Sin embargo, en el caso de autos, y tal como ha sido expresamente apuntado por la Excma. Cámara de Apelaciones, por la sola circunstancia de ingresar al distrito, no puede afirmarse que, sin más, la demandante recibe o se beneficia de servicios individualizables -tales como aquellos referidos al ordenamiento y control de tránsito, promoción del desarrollo humano, económico, educativo y cultural, atención a la minoridad y problemática social, atención y resolución de situaciones de emergencia, el mantenimiento y conservación de parques, plazas, paseos y otros espacios públicos de uso comunitario e infraestructura urbana, forestación, reforestación, y su conservación y mantenimiento y el desarrollo y conservación dela vía pública en general e instalaciones complementarias-; es que tales prestaciones no aparecen vinculadas de manera directa e individualizada con relación a la actividad que lleva adelante la actora. En virtud de ello, deviene imperiosa la declaración de inconstitucionalidad por afectación del principio constitucional de legalidad en materia tributaria.

En segundo lugar, y en relación a los restantes fundamentos referidos a la riña existente entre la gabela cuyo cobro se pretende en relación al principio de igualdad y a la cláusula del comercio prevista en el art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional, los mismos son indubitadamente compartidos por quien suscribe, toda vez que la cláusula comercial constituye un valladar infranqueable para toda pretensión local discriminatoria, o que obstruya, impida o dificulte el comercio interjurisdiccional[121]. Si bien es cierto que los arts. 9, 10, 11, 12 y art. 75 inc. 13 de la CN no niegan de manera absoluta la aptitud impositiva local para gravar el comercio interprovincial e interjurisdiccional, lo cierto es que dicha normativa tiende a preservar al comercio de gravámenes discriminatorios, y de aquellos que encarezcan su desenvolvimiento.

En virtud de ello, siendo que la gabela resulta pretendida exclusivamente a aquellos distribuidores que posean asiento fuera del partido de Monte Hermoso, su imposición actúa en los hechos como una aduana interior, resultando asimismo violatoria del principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas.

121 Lalanne Guillermo A., “La cláusula comercial. Análisis a la luz de la jurispridencia de la Suprema Corte Norteamericana y de la Corte Suprema Argentina”

§ 1.27. La responsabilidad de los bancos por el uso del homebanking

Por Dra. Marcela Fabiana Civallero

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

El uso de la banca electrónica, también llamada "homebanking" estaba aumentando a un ritmo constante en los últimos años, en especial, entre quienes estaban más habituados al uso de la tecnología. Sin embargo, en la situación del ASPO en la que nos encontramos, su uso ha crecido exponencialmente, incrementándose también en forma significativa los delitos y fraudes que sufren los usuarios de este sistema. Allí es donde la responsabilidad de las entidades bancarias toma especial relevancia, debiendo velar por la seguridad de sus clientes, quienes se ven obligados a usar esa modalidad.

INTRODUCCIÓN

Según el BCRA, se llama homebanking, banca online o e-banking, a los servicios bancarios a los que se puede acceder a través de internet por medio de computadoras, tablets o teléfonos celulares.

El uso del home banking apareció en la sociedad hace muchos años como una opción para quienes querían operar en sus cuentas bancarias desde su domicilio sin tener que concurrir a una sucursal bancaria. Al mismo tiempo, coexistía y aún coexiste la opción de efectuar esos trámites ante una persona humana en la entidad bancaria. Sin embargo, poco a poco, en los últimos años, se ha ido posicionando la operatoria a través de la banca electrónica, al punto tal de que el usuario bancario, prácticamente se ha visto forzado a hacer concesiones e ir en contra de su voluntad, al tener que realizar operaciones bancarias "on line". En los meses previos al ASPO por COVID-19, ya existían diversos bancos que brindaban

beneficios extras a quienes operaban en forma remota. Así, a fines de 2019, ofrecían tasas de interés más altas (5 puntos promedio) a quienes celebraban contratos de plazo fijo íntegramente por home banking, a diferencia de quienes los constituían en la forma "tradicional".

De esa manera, lo que empezó siendo una "opción"; en la actualidad y empujado por el aislamiento obligatorio, se transformó en una "obligación" para los usuarios bancarios, quienes son literalmente forzados a efectuar transacciones en forma electrónica, haciendo que los clientes deban asumir riesgos que no están dispuestos a tomar.

DESARROLLO

Marco regulatorio en Argentina: el Consumidor bancario, se encuentra amparado por el Art. 42 de la CN en cuanto al deber de información y al trato digno que deben recibir. La Ley 24240, protege ampliamente a consumidores y usuarios, no pudiendo ser dejada de lado por convención de las partes, por ser la misma de orden público, en virtud de lo normado en su Art. 65.

Por su parte, el art. 1384 del Código Civil y Comercial (en adelante CCC) dispone que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093, regulando este último el contrato de consumo.

No cabe duda que la actividad bancaria y en especial la que se realiza por medios electrónicos, constituye una actividad riesgosa en sí misma. Es un "riesgo creado", tal como la jurisprudencia lo viene reconociendo, toda vez que el usuario bancario es obligado a operar en un medio, que la mayoría de las veces le es desconocido y hostil. Ocurre a personas jóvenes que tienen un conocimiento básico de la operatoria, pero en mayor medida, ocurre a gente de mayor edad.

Las entidades bancarias ejercen una actividad de la cual obtienen un lucro y crean un riesgo para quienes operen a través de la banca electrónica, teniendo especialmente en cuenta que muchas veces

el usuario ha visto restringida su posibilidad de elegir, viéndose obligado a operar por ese medio virtual y remoto aunque no quiera porque es la única forma permitida por el banco.

Lorenzetti sostiene: "En estos casos, hay empresas que actúan profesionalmente y consumidores que no son expertos, en los que la distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se mantiene en el mundo virtual. Podríamos afirmar que no solo se mantiene, sino que se profundiza…Debe tenerse en cuenta también que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario… Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurado en un trato no familiar"[122].

Hoy, el riesgo creado se encuentra en el uso de la tecnología en múltiples aspectos de nuestra vida cotidiana. Las entidades bancarias reconocidas, desarrollan una actividad lucrativa, para la cual se valen de la tecnología necesaria para operar con home banking, es decir, utilizan el medio electrónico para desarrollar su actividad que conlleva diversos riesgos para el usuario, valiéndose de la "apariencia de confianza" que les brinda un nombre ganado en la sociedad para entidades de primera línea ya sean públicos o privados.

Así las cosas, esta situación encuadra en el Art. 1757 del CCC que dispone la obligación de responder por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Esa responsabilidad es objetiva, no siendo eximente de la misma la autorización administrativa para la realización de la actividad ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

No queda duda alguna que los bancos asumen una obligación de resultado frente a sus clientes, siendo responsables en forma objetiva por los daños que sufran los usuarios del sistema de *home banking*.

122 Ricardo L. LORENZETTI. Comercio Electrónico, pág. 220/222. Ed. Abeledo Perrot, año 2001.

Siendo forzado el cliente a operar en un medio desconocido, a poner sus datos personales en el ecosistema virtual, va de suyo que si ese usuario sufre algún daño, quien se sirve de ese medio, desarrollando una actividad lucrativa deberá responder, ya sea que se califique al home banking como "cosa riesgosa" o "actividad riesgosa". De ese modo, probado el daño sufrido por el usuario de la banca electrónica y sin que se haya fracturado el nexo de causalidad adecuada entre el hecho generador y el daño sufrido, será responsable el banco, salvo que pueda eximirse de responsabilidad probando la culpa de la víctima o el caso fortuito o fuerza mayor entre otros.

Dentro del plexo normativo nacional, contamos con una serie de leyes que protegen a consumidores y usuarios, frente a los posibles daños, pudiendo citar entre ellos el Art. 1710 CCC que prevé el deber general de no dañar. En el mismo sentido, el Art. 1725 CCC establece una valoración de la conducta que consiste en que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente. "A mayor conocimiento, mayor deber de previsión", siendo el banco el experto en la materia, dada su estructura especialmente montada para funcionar, a través de la cual obtendrá una ganancia, está obligado a actuar con mayor diligencia y previsión para evitar causar daños a los usuarios.

Asimismo, será el banco quien deberá probar la causa ajena para eximirse de responsabilidad conforme el Art. 1722 del CCC operando como una inversión de la carga de la prueba. En el mismo sentido, nuestro Código recepta en su Art. 1735 la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, fruto de una creación jurisprudencial y que comenzó aplicándose en casos de mala praxis médica. Se ha ido extendiendo en su utilización por parte de los magistrados, y dispone que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla.

Finalmente, la Ley de Protección de Datos Personales Nº 25326 en su Art. 9 obliga a los responsables de los archivos a adoptar las medidas técnicas para garantizar la seguridad de los datos personales, debiendo detectar desviaciones de información ya sea

que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

Vemos entonces que desde el marco regulatorio, se ha avanzado mucho en los últimos años en la protección de los usuarios bancarios, imputando responsabilidad objetiva a los bancos por los daños sufridos por quienes utilizan el home banking, siendo la Jurisprudencia anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y la posterior al año 2015 totalmente pacífica en este aspecto, presentándose matices en relación al actuar de quien resulta víctima de ciberataques a sus cuentas bancarias, lo cual es valorado por los jueces a la hora de sentenciar.

Conducta de la víctima. Ante todo el marco legal que protege a los usuarios, analizaré ahora la conducta asumida por los usuarios bancarios. Como decimos, el home banking es una actividad riesgosa que trae aparejado para quienes se ven obligados a utilizarlo, un cuidado especial. Los clientes bancarios no deben revelar sus claves, están obligados a cuidar sus tarjetas en caso de que concurran a un cajero electrónico y evitar caer en engaños, que actualmente están a la orden del día.

En efecto, además de los fraudes que se dan en cajeros electrónicos, donde intencionalmente se daña al aparato para que retenga la tarjeta, existen otros métodos, más o menos sofisticados, tendientes a que los usuarios revelen sus claves u otros datos personales, sorprendidos mediante un llamado telefónico o un correo electrónico. El interrogante es si estamos ante una culpa de la víctima que permita que la entidad bancaria se exima de responsabilidad.

La Jurisprudencia viene pronunciándose en forma conteste respecto a que la culpa del usuario debe ser grosera para eximir de responsabilidad al banco, existiendo una múltiple casuística. A modo de ejemplo podemos citar el caso de quien mediante argucias de delincuentes reveló el PIN de su tarjeta, permitiendo que se confeccionara una “tarjeta melliza” a través de la cual se realizaron extracciones de la caja de ahorro de ese usuario, pese a las advertencias del Banco de que no se debe revelar ninguna clave. Se tuvo en cuenta para fallar a favor del usuario el hecho de que en un

lapso de tres meses existieron más de cien hechos similares de los que fueron víctimas los clientes de esa entidad, demostrando ello, que además de que los clientes tuvieron una culpa leve en revelar su PIN, el sistema de seguridad bancaria no detectó las tarjetas mellizas y permitió que se realizaran las extracciones[123].

En ese orden de ideas, deseo destacar que debe efectuarse una especial valoración de la conducta asumida por el usuario bancario a la hora de dictar sentencia. No es lo mismo quien en forma irresponsable se olvida dentro del cajero electrónico su tarjeta de débito, que aquel que es engañado a revelar su PIN por un presunto empleado bancario que "casualmente" se hallaba en el recinto del cajero. No es lo mismo quien recibe un correo electrónico con toda la apariencia de ser de su banco, que quien revela sus claves a cualquiera que lo llame por teléfono, que dice llamar desde la entidad bancaria.

Es necesario hacer docencia mediante campañas publicitarias, lo cual viene ocurriendo por parte de los bancos en estos últimos tiempos, a fin de que el público sepa que el banco no se comunica con ellos sin motivo, sino que deben ser los usuarios quienes se comunicarán con las entidades usando los canales seguros proporcionados a tal fin. Pues, frente a estas estafas, los bancos también resultan ser víctimas, que deben responder frente a sus clientes, por la seguridad del sistema informático, dentro del cual todos nos vemos obligados a operar.

De ese modo, no es lo mismo un adulto mayor, poco habituado al uso del home banking que un joven de 30 años que utiliza internet para múltiples aplicaciones en su vida cotidiana. El adulto mayor entrará en la categoría de "consumidor hipervulnerable", debiendo ser protegido, mientras que el joven sabrá y podrá extremar las medidas de seguridad para evitar caer en engaños o trampas.

En resumen, no cabe duda que los bancos tienen frente a sus clientes una responsabilidad objetiva por los daños que estos puedan sufrir derivados del uso del home banking y que para eximirse de la misma deben presentarse casos excepcionales como una culpa

123 "Bieniauskas, Carlos c/Banco de la Ciudad de la Bs. As. s/Daños y Perjuicios" (CNACom Sala D 15/5/2008 Doctores: Vassallo, Heredia y Dieuzeide).

grave de la víctima traducida en una gran negligencia. La actividad es riesgosa por el peligro que implica suministrar nuestros datos personales en el mundo virtual y es lógico que quien obtiene ganancias con esa actividad deba responder. Pero no debe perderse de vista la posibilidad de un "hackeo" a las cuentas bancarias donde no existe culpa de la víctima, lo cual resulta muy diferente de descuidos por parte de los usuarios. Es por ello que en la Jurisprudencia, se presentan casos en que se condena al banco por fallas graves en su sistema de seguridad, siendo irrelevante la culpa de la víctima, pasando por otros donde se atribuyó que la responsabilidad era concurrente, por existir algún tipo de culpa de la víctima, para finalizar en casos de rechazo total de la demanda, ante una culpa grave del usuario.

CONCLUSIÓN

Luego del análisis efectuado, puedo concluir en que los usuarios del servicio de home banking nos encontramos ampliamente protegidos por las normas ya analizadas, habiendo tenido en cuenta la Jurisprudencia el hecho que conlleva la utilización de diversas tecnologías a las cuales mucha gente no está habituada. Esa vulnerabilidad que sentimos en mayor o menor medida frente a una pantalla fue tenida en cuenta, habiendo fallado los jueces en reiteradas ocasiones a favor de los usuarios, considerando al uso de la banca electrónica como una actividad riesgosa, debiendo responder las entidades en forma objetiva. Sin embargo, eso no exime a los clientes de guardar el debido cuidado y previsión que es dable esperar según su edad, grado de conocimiento y demás condiciones personales, a fin de proteger sus claves, sus datos y su patrimonio.

Los ciberdelitos en cuentas bancarias ha crecido de forma alarmante entre marzo de 2020 y el 1 de agosto de 2020, habiéndose denunciado 4000 fraudes, lo que representa un 500% más que en igual período en el año 2019.

Es una tarea de todos nosotros hacer que el uso de la banca electrónica sea una herramienta eficaz y segura para operar desde la comodidad del hogar, brindando los bancos todos los sistemas

de seguridad adecuados, actualizando y optimizando los mismos frente a esta realidad tan dinámica, con el fin de brindar un medio seguro a sus clientes y estos últimos estando alertas ante posibles engaños de terceros.

§ 1.28. Aspectos tributarios de criptomonedas y contratos inteligentes

Por Dra. Silvina Érica Coronello[124]

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

1- Alcance de los conceptos. Las criptomonedas han sido definidas como unidades digitales creadas mediante un cálculo matemático cuyo sistema está basado en internet y se utiliza como medio de cambio o forma de valor digitalmente almacenado. Estas monedas se crean mediante la tecnología de cadenas de bloques (*blockchain*), que permite crear un registro descentralizado e inmutable de transmisión.

Por ello resulta interesante la información especializada de la Cámara Argentina del Comercio Electrónico[125], entre dinero digital, moneda virtual y criptomonedas, en virtud de la cual podemos afirmar que: (i) el dinero digital se trata de la moneda de curso legal -o sea dinero real- expresado en la web (ejemplo transferencia bancaria o pago con tarjeta); (ii) la moneda virtual, es una moneda que solo tiene existencia y valor en un contexto determinado, no existe en la realidad (ejemplo los pavos en el video juego "Fortnite", que podrían identificarse con los billetitos que traía el juego de mesa "Monopoly"); y (iii) criptomoneda, es una moneda virtual que se produce por computadora, puede tener un valor comercial y no tiene un emisor específico (ejemplos: Bitcoin; Litecoin, Etherum; Ripple; Dogecoin, solo por nombrar algunas)[126].

124 Abogada (UBA). Especialista en Derecho Tributario (UBA). Doctoranda en Derecho Fiscal (UBA). Estudio Coronello & Asociados. Docente de grado y posgrado en distintas universidades. Matriculada en el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora al Tomo XII Folio 235 e integrante de su Instituto de Derecho Comercial.

125 CACE, "Diferencias entre criptomoneda, moneda virtual y dinero digital. Novedades", publicado el 10/7/19 en https://www.cace.org.ar/noticias-diferencias- entre-criptomoneda-moneda-virtual-y-dinero-digital.

126 En la actualidad, algunos países como China, Estados Unidos, Canadá, Suecia, Suiza y Japón, tienen proyectos de creación –con distintos grados de avance- de sus monedas virtuales gubernamentales, que serán monedas virtuales controladas por el gobierno.

La Unidad de Información Financiera (UIF) definió las "monedas virtuales" en la resolución N°300/2014 como "la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son las de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción"; solo a los efectos de dicha resolución. Mientras que el Banco Central de la República Argentina (BCRA) emitió un comunicado general alertando a los usuarios sobre los riesgos de las "monedas virtuales", toda vez que las mismas no son emitidas por autoridades monetarias, no tienen curso legal ni poseen respaldo alguno. En ambos casos, se refieren a "monedas virtuales", no a "monedas digitales".

Por su parte la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) en la Resolución General N° 4614/2019[127] y su modificatoria, utiliza "moneda digital" y "criptomonedas" como términos equivalentes.

Ahora bien, tal como señala la doctrina, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que utilizaba el término "moneda digital" lo ha reemplazado por "moneda virtual" y más recientemente, por "activos virtuales" ("virtual assets")[128].

Siguiendo el citado criterio, la doctrina aplica la denominación "activos virtuales", aunque tampoco existe un criterio uniforme en cuanto a su alcance.

En dicho orden de ideas se ha señalado que "por la ubicación que se le asignó a las "monedas digitales" en dicha ley, el tratamiento que decidió darle el legislador a estos activos es el de los denominados "security tokens". Estos tokens son valores representativos de otros activos, y son los usados para fondear emprendimientos o crear las denominadas "stablecoins". Por esto se los asimila a bonos o acciones. Es decir, que no estarían haciendo referencia a los "activos virtuales" como el Bitcoin"[129].

127 Publicada en el Boletín Oficial en fecha 25/10/19, y con vigencia a partir del 1/11/19.
128 Lofeudo, Ismael, "Monedas Virtuales ¿cómo están reguladas en Argentina?, publicado el 29/02/2020 en https://dtecdeal.com/monedas-virtuales-regulacion- argentina/.
129 Lofeudo, Ismael "Monedas Virtuales ¿cómo están reguladas en Argentina?, publicado el 29/02/2020 en https://dtecdeal.com/monedas-virtuales-regulacion- argentina/.

Por otra parte, se ha entendido que "moneda digital" podría llegar a comprender otros conceptos, como podrían ser los contratos inteligentes o "tokens"[130].

Un contrato inteligente puede definirse como un programa informático que se almacena en una red de bloques (blockchain) con el fin de facilitar, asegurar, hacer cumplir y ejecutar acuerdos registrados entre dos o más partes.

La doctrina señala que estos contratos "se ejecutan por sí mismos y no requieren la participación física de alguna de las partes"[131].

Asimismo, se ha considerado que "Conforme la última reforma fiscal podemos decir que, a partir del 01/01/2018, las monedas digitales son tipificadas como "activo financiero" y conceptualizadas como un recurso con valor económico que posee un individuo o entidad, que es intercambiable y del que se espera obtener un beneficio futuro, en este caso dado por la volatibilidad de su conversión en los mercados, similar a las divisas, pero no generan riqueza en el país"[132].

En el orden de ideas indicado, podría entenderse que criptomonedas y contratos inteligentes resultarían distintas especies de monedas digitales, toda vez que encuadrarían dentro del concepto de moneda virtual con valor comercial o activo virtual. Sin embargo, no existe un criterio uniforme, y menos aún definición legal, indispensables para su categorización como hecho imponible en cualquier tributo.

2. Naturaleza jurídica

En relación a su naturaleza jurídica, la doctrina[133] indica que en algunos países se equipara su tratamiento al de las monedas de curso

130 Caunedo, Martina "Altcoins. Una abogada experta en criptomonedas explica que impuestos hay que pagar en Argentina", Infobae 20/07/2018, en https://www.infobae.com/cripto247/altcoins/2018/07/20/una-abogada-experta-en-criptomonedas-explica-que-impuestos-hay-que-pagar-en-la-argentina/.
131 Bielli, Gastón y Ordoñez, Carlos, "El COVID y la hiperexpansión de la contratación electrónica" publicado en La Ley del 5/08/20.
132 Mansilla, Cristina, "Tratamiento fiscal de las monedas digitales" Revista Impuestos –Práctica Profesional, Febrero de 2020, Editorial Thomson Reuters.
133 Caunedo, Martina, nota citada.

legal[134]; en otros se la considera bienes (bienes inmateriales o activos financieros)[135].

De acuerdo al art. 75 inc. 6 de nuestra Constitución Nacional el Congreso debe "establecer y reglamentar el Banco Federal con facultad de emitir moneda", lo cual ha realizado a través de la Ley N°24.144 "Carta Orgánica del Banco Central", que dispone que el BCRA resulta el encargado exclusivo de la emisión de monedas. De manera tal que las monedas digitales no podrían equipararse a la moneda de curso legal.

Por otra parte, por el Código Civil y Comercial de la Nación, distingue entre bienes materiales o cosas y bienes inmateriales[136], ambos susceptibles de integrar el patrimonio de las personas[137]. De manera que la ausencia de materialidad de las monedas digitales las encuadra como bienes inmateriales, también denominados intangibles.

El citado código dispone que solo las cosas son susceptibles de ser objeto de contratos de compraventa[138], y sus reglas se aplican supletoriamente a los contratos que tengan como objeto transferir la titularidad de títulos valores por un precio en dinero. Mientras que el art. 1614 CCyCN dispone que los bienes inmateriales pueden ser objeto de cesión de derechos.

En igual sentido se ha señalado que "Los activos virtuales carecen de corporeidad por lo que no corresponde su calificación como "cosa". Estamos en presencia, de un bien intangible o inmaterial, susceptible de valor, y como tal integra el patrimonio de las personas que revistan el carácter de titulares de los mismos…"[139].

134 En todos los países de la Unión Europea excepto Francia y España.
135 Estados Unidos las considera "commodities", mientras que México las considera "activos virtuales".
136 El art. 16 del CCyCN dipone: "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.
137 El art. 15 del CCyCN dipone: "Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.
138 El art. 1123 del CCyCN dispone: Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero.
139 Lofeudo, Ismael, "Monedas Virtuales ¿cómo están reguladas en Argentina?, publicado el 29/02/2020 en https://dtecdeal.com/monedas-virtuales-regulacion- argentina/.

3. Tributación de la moneda digital en nuestro país

3.1. Impuesto al Valor Agregado

Las monedas digitales no se encuentran alcanzadas por el Impuesto al Valor Agregado, toda vez que la ley N°27.430 solo incorporó como hecho imponible la prestación de servicios digitales. De manera que la comercialización –cesión- de activos virtuales no se encuentra incluida el objeto del impuesto.

En un sentido similar se ha considerado que "en el impuesto al valor agregado, nos encontramos ante una venta o cesión a título oneroso excluida del objeto del gravamen[140].

3.2. Impuesto sobre los Bienes Personales

El Impuesto sobre los Bienes Personales recae sobre los bienes existentes al 31 de diciembre de cada año, situados en el país y en el exterior.

El art. 19 de la Ley N°23.966 y modificatorias, dispone "Se consideran situados en el país: … j) Los títulos, las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entes públicos o privados, cuando estos tuvieran domicilio en él".

De manea que entendemos que las monedas digitales –activos virtuales- en tanto encuadran como títulos valores emitidos por entes públicos se encuentran alcanzados por el impuesto.

En sentido concordante se ha entendido que el tratamiento impositivo en el impuesto sobre los bienes personales, conforme el art. 22 vigente según la ley 27.480/2018, al ser considerada un activo financiero, en su inc. h) establece: "Los títulos públicos, acciones de sociedades anónimas y en comandita, y demás títulos valores —incluidos los emitidos en moneda extranjera— que no coticen en bolsa se valuarán por su costo, incrementado, de corresponder, en el importe de los intereses, actualizaciones y diferencias de cambio que se hubieran devengado a la fecha indicada...cuyo titular sea persona humana o empresa unipersonal, e igualmente tendrá

140 Mansilla, Cristina, "Tratamiento fiscal de las monedas digitales" Revista Impuestos – Práctica Profesional, Febrero de 2020, Editorial Thomson Reuters.

que denunciar su tenencia en la declaración jurada”[141].

3.3. Impuesto a las ganancias

La renta por la enajenación de las “monedas digitales” constituye ganancia gravada para nuestro derecho positivo.

En efecto, el art. 2 inc. 4 de la Ley N°20.268 de Impuesto a las Ganancias – en adelante la ley-, a partir de la reforma introducida por la Ley N°27.430 dispone que los resultados derivados de la enajenación de monedas digitales son ganancias gravadas[142].

En concordancia con dicha norma, distintos artículos de la ley disponen las alícuotas según el tipo de contribuyente y el origen de la fuente, generando cuestiones conflictivas que a nuestro entender resultan importantes pero ulteriores a una cuestión fundamental, dada por la falta de definición legal del concepto de “moneda digital”; máxime por cuanto en este caso dicha ausencia tampoco puede suplirse por alguna definición legal de nuestro derecho de fondo, atento a su inexistencia.

Por ello, en nuestra opinión, la ausencia de definición legal del concepto “moneda digital” trae aparejada la inconstitucionalidad del tributo, por vulnerar el principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria consagrado en los art. 17 y 19 de la Constitución Nacional.

141 Mansilla, Cristina, “Tratamiento fiscal de las monedas digitales” Revista Impuestos – Práctica Profesional, Febrero de 2020, Editorial Thomson Reuters.

142 El art 2° de la Ley N° 20.628 dispone: “ A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas:… 4) los resultados derivados de la enajenación de acciones, valores representativos y certificados de depósito de acciones y demás valores, cuotas y participaciones sociales —incluidas cuotapartes de fondos comunes de inversión y certificados de participación de fideicomisos financieros y cualquier otro derecho sobre fideicomisos y contratos similares—, monedas digitales, títulos, bonos y demás valores, cualquiera sea el sujeto que las obtenga.

Tal como ha señalado la doctrina, "la reserva de ley debe aplicarse sobre los elementos esenciales de un tributo, dejando la posibilidad de que sobre el resto actúen los reglamentos. Los elementos esenciales del tributo son su hecho imponible (qué es lo que se grava), la base de imposición y la alícuota (la intensidad con la que se grava), sus sujetos pasivos (quienes han de pagar) y las exenciones (quienes están liberados del pago)"[143].

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que "Este principio de raigambre constitucional abarca… los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones"[144].

Así las cosas, el citado principio exige que los aspectos sustanciales del hecho imponible se encuentren reglados por la ley formal y material, y en modo alguno pueden ser establecidos por normativa de inferior jerarquía.

Al respecto la doctrina ha sostenido que "por el principio de tipicidad y por la regla de taxatividad que es su consecuencia, las hipótesis de incidencia que abarquen hechos concretos y puntuales no pueden ser ampliados por las prácticas administrativas, sus normas internas, los reglamentos, incluso los del Poder Ejecutivo, o por la jurisprudencia"[145].

Por ello, entendemos que resulta indispensable para su validez constitucional que el legislador defina el alcance del concepto "moneda digital" en tanto constituye un elemento esencial de este hecho imponible del Impuesto a las Ganancias.

Impuesto sobre los Ingresos Brutos

El hecho imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos de acuerdo al parámetro fijado por la Ley N° 23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos, es el ejercicio de una actividad, oficio o profesión, con finalidad de lucro de manera habitual en una determinada jurisdicción.

143 Naveira de Casanova, Gustavo "Derecho Tributario" Editorial Estudio, pag. 184.
144 Fallos: 329:1554.
145 Casás, José Osvaldo "Derechos y Garantías constitucionales del contribuyente. A partir del Principio de reserva de ley" pag. 596 Ed. Ad Hoc.

Luego el impuesto es regulado por cada una de las jurisdicciones provinciales y la Ciudad de Buenos Aires conforme dicho parámetro.

De manera tal que, en principio, el ejercicio de actividades referidas a operaciones con monedas digitales podría encontrarse alcanzada en tanto se cumpla el requisito de habitualidad.

Al respecto la Corte ha considerado que habitualidad debe entender en función del tipo de actividad que se realice.

Algunas jurisdicciones, como Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires establecieron regímenes de retención de dudosa constitucionalidad para intentar alcanzar las operaciones de monedas digitales, entre otras operaciones.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, ARBA emitió la Resolución Normativa N° 19/2019 –modificada por la resolución N°25/19, mediante la cual establece "un régimen de retención del Impuesto sobre los Ingresos Brutos en el marco del cual deberán actuar como agentes de recaudación los contribuyentes del Impuesto Sobre los Ingresos Brutos que presten servicios tendientes a facilitar la gestión o procesamiento de pagos, o agregación o agrupación de pagos; a fin de recibir o efectuar pagos por cuenta y orden de terceros, utilizando: a) una plataforma o sitio web; y/o b) aplicaciones informáticas que permitan conectar distintos medios de pago a dispositivos móviles; y/o c) cualquier otro tipo de servicio consistente en la emisión, administración, redención y transmisión de fondos de pago electrónico a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet, u otros medios de comunicación electrónica o digital".

Entre los sujetos alcanzados se encuentran aquellos incluidos en el padrón como así también los que no lo estén pero que realicen ventas de cualquier tipo de cosas muebles, locaciones y prestaciones de obras y/o servicios cuyo pago se efectúe a través de alguno de los medios previstos en el artículo 1°, en tanto se verifiquen las siguientes condiciones, de manera conjunta y durante el año en curso:

a) Se realicen cinco (5) o más de las operaciones mencionadas con adquirentes con domicilio en esta Provincia; y b) El monto total de dichas operaciones – individualmente o en su conjunto–resulte igual o superior a veinticinco mil pesos ($25.000).

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (AGIP) dictó la resolución 305/2019, que establece "un régimen particular de retención del Impuesto sobre los Ingresos Brutos respecto de las ventas de cosas muebles, locaciones y prestaciones de obras y/o servicios cuyo pago se efectúe con la intervención o por medio de una plataforma o sitio web, aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de Internet y/o cualquier otro medio electrónico o digital…".

En relación a la habitualidad, la citada resolución considera "que los sujetos realizan operaciones reiteradas cuando estas cumplen conjuntamente con los siguientes requisitos: a) Superan la cantidad de veinticinco (25) operaciones por mes calendario con adquirentes o prestatarios con domicilio denunciado, real o legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. b) Superan el monto total mensual de pesos doce mil quinientos ($12.500-)".

En nuestra opinión, en estos casos, atento a que la naturaleza jurídica de las monedas digitales (monedas virtuales o activos virtuales) se identifica con bienes inmateriales o intangibles, sus operaciones no se deberían considerarse incluidas en los mencionados regímenes de retención del impuesto.

4. Conclusión y recomendación

Todos los conceptos analizados carecen de definición legal en nuestro derecho positivo, toda vez que los conceptos de monedas digitales, criptomonedas y contratos inteligentes surgen de normativa reglamentaria, aportes doctrinarios y derecho comparado.

En otras ramas del derecho, este vacío normativo puede integrarse mediante analogía u otros métodos interpretativos. Sin embargo, en materia tributaria en virtud del principio constitucional de reserva de ley, la analogía se encuentra prohibida y por lo tanto resulta indispensable definir legalmente estos conceptos, a los fines

de delimitar los hechos imponibles en los distintos tributos.

En tal sentido, se recomienda que, en virtud del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, nuestro Congreso incluya en los códigos de fondo una definición legal de las monedas digitales, criptomonedas y contratos inteligentes, toda vez que se trata de institutos generales del derecho, en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[146].

De esa manera la definición y regulación legal de tales institutos regirá tanto para la normativa tributaria nacional –de manera supletoria- y como para la normativa tributaria local, conforme el criterio del Máximo Tribunal plasmado en la jurisprudencia citada.

146 Fallos 332:2250.

DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

Capítulo II

PARQUE MUNICIPAL

CAPÍTULO II

DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

§ 2.1. Plazo de duración de una sociedad informal antes del nuevo código

Por Dra. María Victoria Martinelli Phillip

Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

¿Cuáles son los efectos jurídicos del plazo de duración de una sociedad informal constituida antes del 1/8/2015?

No es de aplicación el artículo 25 de la LGS en cuanto al plazo de duración de una sociedad informal, respecto de las constituidas con anterioridad a la reforma.

DESARROLLO

Previo a la reforma del año 2015, las sociedades irregulares (hoy, informales) se caracterizaban por revestir una persona jurídica precaria, toda vez que cualquiera de sus socios podía exigir la disolución de la sociedad (Art. 22), esto fue modificado por la ley 26.994 que reformó el artículo 25 de la LGS disponiendo que cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración.

Dicha modificación nos llevó a preguntarnos qué pasaría si, en una sociedad irregular constituida previo a la reforma, los socios, que sabían que el plazo no producía efecto, fijaron uno, y luego, con posterioridad al 2015, uno de ellos pretende exigir la disolución.

En virtud del Art. 150 CCCN las normas del estatuto prevalecen sobre las normas supletorias de las leyes especiales, en virtud de ello, si entendemos que el plazo de duración de una sociedad informal reviste tal carácter (supletorio) sumado a lo dispuesto por el Artículo 7 CCCN en cuanto a que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, entonces si al constituirse la sociedad irregular se fijó un plazo a sabiendas que de todos modos, en forma supletoria se aplicaba la LSC que permitía a cualquiera de los socios solicitar la disolución, la modificación introducida por la Ley 26.994 no debería modificar esta situación.

En **conclusión**, el plazo de duración acordado por los socios de una sociedad irregular al momento de su constitución (previo al 1/8/2015) no resulta óbice para que cualquiera de ellos solicite su disolución.

§ 2. 2. Sociedad informal que devienen en un solo socio

Por Dra. Victoria Martinelli Phillip

Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

Sociedades informales que devienen en un solo socio ¿se disuelve?

Posibilidad de que el hecho de que una sociedad informal devenga en un solo socio no sea causal de disolución.

DESARROLLO

En virtud de una consulta efectuada por un colega, volví a preguntarme si el solo hecho de que una sociedad informal devenga en un socio único es causal de disolución.

En el caso concreto, una pareja decidió constituir una sociedad informal previo al año 2015, la cual adquirió un vehículo automotor, constando de esa forma en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor- El concubino otorgó testamento por medio del cual instituyó única heredera a la concubina. Al solicitar la inscripción de la declaración de validez del testamento en relación al bien automotor, la jueza a cargo del Juzgado interviniente, advierte (acertadamente) que el automotor se encuentra a nombre de la sociedad informal- Ante la consulta del colega de qué hacer en esa situación barajé estas opciones:

1) En virtud de que eran dos socios y uno fue instituido heredero por el otro, la sociedad informal devino en un solo socio y ello, según el Art. 94 redacción previo a la reforma de la Ley 26.994, era causal de disolución, por lo que se debe realizar la liquidación de la misma; o

2) Toda vez que la actual redacción del Art. 94 LGS no cuenta entre las causales de disolución con el hecho de que devenga en un solo

socio, la sociedad continúa vigente y por ende, el único socio puede decidir la venta del automotor y el representante de la misma proceder a suscribir las piezas pertinentes.

En virtud de lo dispuesto por los artículos 7 y 150 del CCCN respecto a la aplicación de las leyes, entiendo que la segunda opción resulta viable independientemente del año en que se constituyó la sociedad.

§ 2.3. Resolución IGJ. Discriminación de género

Por Dra. Victoria Martinelli Phillip

Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

Las normas internacionales y nacionales repudian cualquier acto discriminatorio y las mismas garantizan un trato igualitario entre ambos géneros, en virtud de lo cual, ya se contaba con los mecanismos para reprimir dichas prácticas. Todas las personas cuentan con el derecho de acceder a cargos y que su género, identidad, sexo, no sea un impedimento, pero a la vez, se deben contar con requisitos de idoneidad, que no se garantizan si se obliga a las entidades a cumplir con cupos mínimos.

DESARROLLO

La RG IGJ 34/2020, vigente desde el 4 de octubre de 2020, dispone que a partir de dicha fecha: las asociaciones civiles en proceso de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario; las sociedades anónimas que se constituyan (en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en los incisos 3, 4, 5 y 6 el artículo 299 LGS); las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705) **DEBERAN** incluir en su ÓRGANO DE ADMINISTRACION, y en su caso en el ORGANO DE FISCALIZACIÓN, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado **por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos**. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con **un mínimo de un tercio de miembros femeninos**.

Asimismo, dicha norma se aplica para las designaciones de los miembros de los órganos de administración, y de fiscalización en

su caso, electos en cada oportunidad de su designación con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma.

Entiendo que no resulta positivo que una noma obligue a una entidad a contar con un cupo mínimo femenino ya que ello indefectiblemente provocará que, las que no logren alcanzar dicho requisito, porque no haya quienes quieran/puedan ocupar dicho cargo, deban recurrir a "presta nombres" y esa no es la finalidad perseguida por la norma.

Por otro lado, conociendo y siendo testigos de las conquistas en el plano de la igualdad y la no discriminación por razones de sexo, género, identidad y expresión de género, orientación sexual, etc., alcanzados a lo largo de la historia mundial y nacional, entiendo contraproducente esta resolución, ya que imponer cupo mínimo femenino (según los fundamentos de la RG: para evitar la discriminación) en los hechos produce que sean electas para dichos cargos por su condición de mujer y no por su idoneidad.

Por otro lado, no puedo dejar de destacar el inconveniente que deberán afrontar varias asociaciones que comenzaron como grupos de amigos, integradas por miembros masculinos en su totalidad, que deberán encontrar miembros femeninos para su administración, quedando al total arbitrio de la autoridad de contralor, el análisis de las situaciones concretas a los efectos de autorizar una excepción a dicha norma.

Y por último me pregunto, si dentro del órgano de administración, hay miembros que se identifican con el género femenino, ¿tendrán que hacer saber dicha situación para cumplir con la normativa vigente? ¿Cómo hacerlo y a la vez respetar la Ley de Identidad de Género y el trato digno?

CONCLUSIÓN

Esta resolución continúa incrementando las diferencias y en los hechos solo posibilitará la inclusión de "presta nombres" en los órganos- Las normas internacionales y nacionales repudian cualquier acto discriminatorio y las mismas garantizan un trato igualitario entre ambos géneros, en virtud de lo cual, ya se contaba con los

mecanismos para reprimir dichas prácticas así como también quienes puedan resultar víctimas pueden acceder a la justicia para que dichas prácticas sean suspendidas- Todas las personas cuentan con el derecho de acceder a los cargos y que su género, identidad, sexo, no sea un impedimento, pero a la vez, se deben contar con requisitos de idoneidad, que no se garantizan si se obliga a las entidades a cumplir con cupos mínimos.

§ 2.4. Contrato de Sociedad. S.A.S. Ley de Emprendedores N°27.349

Por Dra. Estela Marmonti

Colegio de Abogados de La Plata

INTRODUCCIÓN

La ley comercial define a la sociedad diciendo que la habrá cuando una o más personas en forma organizada conforme a ley se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Es importante destacar la relación entre sociedad y empresa entendiéndola como una organización instrumental de medios personales materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos.

Desde una óptica luego del desarrollo a consecuencia de la REVOLUCIÓN INDUSTRIAL hasta nuestros días se han operado cambios estructurales en las diversas concepciones en algo que la empresa adquiere formas nuevas, entre otros del advenimiento de la tecnoestructura, se han desplazado al dueño de los bienes por otros que la dirigen,

La complicación técnica del proceso productivo, la exigencia de mayores capitales, pasando del antiguo patrón a un número de personas desperdigadas por el mundo que ni siquiera se conocen, que tienen a su cargo la dirección del negocio y la responsabilidad consecuente, con frecuencia la organización empresaria cuenta con unidades técnicas para una o más explotaciones.

Bajo las actuales circunstancias y al efecto de cumplir con el cometido de la actualización, surgen un nuevo tipo de empresa las S.A.S, como lógica consecuencia de esta personalidad legalmente reconocida, así les está reconocido un nombre, un domicilio, un patrimonio propio, una nacionalidad.

DESARROLLO

La I.G.J a partir de ahora habilitará el trámite de la S.A.S, ,llenando un formulario que se puede firmar con la firma digital , a un costo mucho menor del que demanda la constitución de una sociedad anónima tradicional, es al efecto de ayudar a los emprendedores a que formalicen el negocio a través del marco regulatorio correcto y tengan herramientas para el desarrollo de su sociedad, estas sociedades fueron creadas por ley y se tramitan únicamente por sistema electrónico La I.G.J tiene un estatuto de creación de la sociedad modelo , teniendo la sociedad en marcha en 24 horas , con publicación en el boletín oficial incluido.

Las S.A. de acuerdo con la Ley de Emprendedores 27.349, está destinada a la pequeña empresa y su desarrollo, de allí la facilitación de su constitución, y su registración por medios electrónicos, no encontrándose sometidas a control estatal.

La forma de ejercer hoy aquí y en el mundo el comercio se ha transformado de una manera espectacular con lo cual hay regulaciones que resultan totalmente perimidas en los tiempos actuales la llamada **revolución tecnológica**, ha permitido entre otros factores la inmediatez de la contratación, ello ha llevado en el mundo a adecuar las legislaciones a la problemática actual , porque es necesario, para que es necesario , estas preguntas no solo se las hacen los legisladores sino también los empresarios acostumbrados a obtener ganancias con la mínima inversión, resultando su plataforma de negocios de lo más inadecuada para poder sostenerse, competir y exportar, con lo cual es necesario reeducar al empresariado argentino, para que deje de tener miedo, confíe en los nuevos instrumentos que le brinda la tecnología y el estado para readecuar su vieja estructura a una nueva, más simplificada, más económica pero a su vez también más ejecutiva.

También no tenemos que dejar de mencionar a los nuevos empresarios, los que a través de nuevos emprendimientos irrumpen en el mercado con novedosas propuestas, a estos no solo hay que ayudarlos con los resortes legales sino también aprovechar a las universidades que gracias a DIOS están extendidas en todo el territorio nacional, es importantísimo que ayuden al desarrollo de la

idea hasta que, a través de un estudio serio, pormenorizado de su viabilidad pueda nacer y vincularse a la empresa

Es así como por lo expuesto estoy a favor del nacimiento de l**as sociedades anónima simplificadas**, en el contexto legal, debido a la utilidad que van a brindar a sus socios en primer lugar y también contribuyen al desarrollo del país

La S.A.S con respecto a otras sociedades tiene enormes ventajas, la inscripción será en 24 horas en la cual se obtendrá una cuenta bancaria y un CUIT, también podrán llevar la contabilidad y los asientos de los libros electrónicamente.

Las empresas que exportan en la Argentina ,solo menos de la mitad son PYMES, cabe preguntarse a que se debe esto, y la respuesta es muy sencilla, el estado es el responsable de esas trabas, que lamentablemente inciden en su operatividad, sumados los enormes costos laborales que hoy significa para el empleador un trabajador bien registrado, lo cual es la única manera de hacerlo , ya que de ninguna manera se pueden violar sus más esenciales derechos como el que tenga una obra social y que aporte a los organismos de la seguridad social para su futura jubilación.

En otro orden hay que lograr la competitividad, porque son tan grandes los costos de producción en la que un índice importante son gravados por distintos impuestos, superponiéndose muchas veces, los municipales, los provinciales y los nacionales que es imposible de competir con otros países de economías más ordenadas.

El camino que el estado argentino tomó para facilitar el perfil exportador de las pymes o microempresas se refiere a la ley de emprendedores y a las sociedades simplificadas S.A. la figura que se creó para acortar los tiempos del nacimiento y operatoria de la sociedad si la comparamos con el tiempo que debía trascurrir para que la I.G.J, en el orden nacional y la DIRECCIÓN PROVINCIAL DE PERSONAS JURIDICAS , en la provincia diera lugar al nacimiento de una sociedad anónima común, de acuerdo a lo establecido en la ley 19550.

Es así como la Argentina puede ser competitiva en la exportación por la buena calidad de su materia prima y su nivel de talento,

resolviendo los problemas de fondo, y pensando en el futuro, y lógicamente llevando a cabo periódicamente los ajustes necesarios para el logro del éxito.

Los países emergentes como el nuestro tienen que prestar atención a las mutaciones del mercado, en todas las oportunidades hay nuevos desafíos que afrontar, esto requiere que las empresas argentinas capacidad de generar innovación y desarrollo, recordemos que, para los chinos, las crisis son oportunidades para ser aprovechadas, y sacar la mejor ventaja de estas, ya que paradójicamente traen cambios, cambios positivos e importantes.

Y para concluir habría que pensar en primer lugar aprovechar los bloques económicos del cual formamos parte pero también darle importancia a los cuales tenemos una menor vinculación, esto es fundamental en un mundo globalizado en que los mercados mutan por diferentes razones permanentemente de acuerdo a las necesidades , para ello hay que impulsar la **estrategia y la logística** para que a pesar de los pequeños que somos en las exportaciones a nivel mundial podamos con el esfuerzo de todos revertirlo y así podrá extender el horizonte de la inversión.

§ 2.5. Las exigencias tecnológicas en el derecho societario más allá de la pandemia

Por Dr. Emanuel Rouco

Colegio de Abogados de La Matanza

RESUMEN

El presente trabajo pretende una aproximación a las exigencias tecnológicas que plantea la operativa y desarrollo de las sociedades comerciales en nuestro país. Así en el desarrollo, se ilustrarán los actuales avances tecnológicos y herramientas legales que cuentan las empresas argentinas, en el ejercicio de sus actividades. Finalmente, se ofrecerá la opinión del autor en relación a la reivindicación del deber de aggiornamento de las personas jurídicas en el desarrollo de sus acciones.

INTRODUCCIÓN

Con el surgimiento del virus SARS-CoV-2, que provoca la actual pandemia COVID-19, surgió un rotundo cambio de operatoria mundial, no siendo ajeno a ello, el quehacer y el cumplimiento de las obligaciones de las sociedades comerciales. Atento a ello y teniendo en cuenta la crisis universal social, ambiental, económica y ética reinante en la humanidad (antes de la aparición del virus)[147], la mencionada epidemia, surge como una oportunidad única para transformar y reconstruir al ser humano en su conjunto y actividades (así como el modo de llevarlas a cabo), propiciándose una forma más sustentable de relaciones humanas, instituciones y ordenamientos jurídicos. Esa meta se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana[148], la utilización de la tecnología, debiendo el sistema legal proteger al individuo y a su dignidad

147 GANDULFO, P. M. Pandemia y restauración del tejido social. Revista de Derecho Procesal Penal, Número 18, Julio 2020, Especial COVID-19. IJEDITORES. 03/07/2020.
148 Art. 51 CCyCN.

respecto de la gestión de esos procesos digitales[149]. En ese orden de ideas, cabe destacar que, la tecnología[150] es y será, indudablemente, un factor imprescindible a fin de obtener progreso; sin embargo, esta debe ser implementada y utilizada en razón de encontrarse inserta dentro de un marco ético y jurídico, que enaltezca la dignidad humana[151].

Así, podemos establecer que la tecnología, se encuentra sometida a un autoritario legítimo de eficiencia, siendo un medio para la obtención de los objetivos de la humanidad. En este contexto, las personas jurídicas con la finalidad de ajustarse al aggiornamento permanente que le exige llevar adelante su objeto social y principalmente la actual situación pandémica extraordinaria, deberán coordinar sus acciones a una nueva forma de desarrollar los negocios; utilizando dicha tecnología, bajo los estándares jurídicos acordes, no solamente al mero cumplimiento normativo, sino ético que demanda el globo en su conjunto, dejando de lado la simplista meta capitalista, con el objetivo de lograr beneficios, en concordancia con el progreso de la sociedad en su totalidad.

Si bien existen bastos medios tecnológicos que contribuirían a la nueva finalidad que deben tener en miras las sociedades comerciales, es menester mencionar que los mismos convendrán ser utilizados en concordancia con la Declaración de Derechos Humanos en Entornos Digitales[152], que implementa los siguientes derechos: a) al olvido en internet; b) a la desconexión de internet; c) al legado digital; d) a la protección de la integridad personal ante la

149 GONZÁLEZ SABORIDO, J. B., La crisis del Coronavirus y la aceleración del uso de la Inteligencia Artificial. Una hoja de ruta sobre sus beneficios y riesgos desde una perspectiva ético-jurídica. Revista de Derecho Civil, Número 11, Julio 2020. IJEDITORES. 02/07/2020.

150 Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico. Real Academia Española.

151 Definida como: “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. CSJN “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”. B. 605. XXII. 06/04/1993. Fallos: 316:479.

152 Universidad de Deusto. Consultado y disponible el 7/08/2020 en: https://www.deusto.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Expires&blobheadername2=contenttype&blobheadername3=MDT-Type&blobheadername4=-Content-Disposition&blobheadervalue1=Thu%2C+10+Dec+2020+16%3A00%3A00+GMT&blobheadervalue2=application%2Fpdf&blobheadervalue3=abinary%3Bcharset%-3DUTF8&blobheadervalue4=inline%3Bfilename%3D%22Declaraci%C3%B3n+Deusto+Es2.pdf%22&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1344464193964&ssbinary=true.

tecnología; e) a la libertad de expresión en el red; f) a la identidad digital personal; g) a la privacidad en medios tecnológicos; h) a la transparencia y responsabilidad en uso de algoritmos; i) a disponer de una última instancia humana en las decisiones de sistemas expertos; j) a la igualdad de oportunidades en la economía digital; k) a las garantías de los consumidores en el comercio digital; l) a la propiedad intelectual en la red; m) a la accesibilidad universal a internet; n) a la alfabetización digital; o) a la imparcialidad de la red; y p) a una red segura.

Por todo ello, al momento de concretar sus negocios, esas personas jurídicas deberán observar y cumplimentar la citada declaración, respecto a la publicidad de sus bienes y servicios, comercialización, cumplimiento de sus obligaciones, etc., adquiriendo en el ejercicio de sus actividades, la creación real de valor (no sólo económico) logrando así diferenciarse de las sociedades que se desenvuelvan en el mismo rubro y no tienen en miras y/o (lo que es más preocupante aún) la desconocen. Sin embargo, todo ello no debe ser una simple moda o recurso para apaliar la crisis económica y social, que plasmó el virus COVID-19, sino una exigencia que (a mi entender) vino para quedarse y que por lo tanto cambió para siempre, la forma de hacer negocios, no siendo ajeno de ello, el Derecho Societario.

DESARROLLO

Inteligencia artificial

Dicha tecnología, no encuentra actualmente una definición unánime, sin embargo, puede ser detallada como "la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir"[153]. Siendo clasificada en dos grandes subespecies: **Inteligencia Artificial Débil** (*Narrow AI* o *Weak AI*):

153 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad". Fecha: 31/05/2017. Disponible y consultado el 06/08/2020 en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/42b4851c-8e1a-11e7-b92d-01aa75ed71a1

limitada a un área específica o estrecha[154]; e **Inteligencia Artificial Fuerte** (*General AI*): presenta la capacidad de realizar las mismas tareas que puede realizar el ser humano[155]. Así, la utilización de la AI en el ejercicio del derecho[156], especialmente del societario, debe apuntar a la manipulación de extensas bases de datos, determinación de comportamientos de consumo, preferencias de bienes y servicios, pronta respuesta a los usuarios, definición de parámetros para la resolución de conflictos (envíos, cambios, reintegros, etc.), correcta y expedita respuesta ante la consulta sobre la naturaleza de los negocios que lleva adelante esa persona jurídica, entre otras. Todo ello, cumplimentando la Declaración de Derechos Humanos en Entornos Digitales, ya mencionada, y en concordancia con la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales[157] y Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor[158].

Sin embargo, mas allá de los evidentes beneficios que brinda la AI a las sociedades comerciales, cabe mencionar diversos riesgos[159] que se manifiestan en su ejercicio, a saber: a) pérdida o disminución de fuentes laborales; b) inspección excesiva de los empleados; c) extinción o mengua de tareas en la distribución del trabajo; d) debido a la automatización, falta de auditoria humana en la actuación de esa tecnología; e) administración indiscriminada de información; f) burbujas de pensamiento, que conllevan al establecimiento de opinión pública en una clara predisposición en la toma de decisiones; y g) administración tendenciosa de la información, entre otros.

Por último, en lo que respecta a la conformación de las personas jurídicas, una parte de la doctrina plantea la discusión de la posible conformación de sociedades "sintéticas"[160], dotadas neta-

154 Consultado y disponible el 06/08/2020, en https://www.investopedia.com/terms/w/weak-ai.asp#:~:text=Weak%20AI%2C%20or%20Narrow%20AI,that%20humans.
155 Consultado y disponible el 06/08/2020, en https://www.investopedia.com/terms/a/artificial-intelligence-ai.asp#:~:text=Artificial%20intelligence%20(AI)%20refers%20to,as%20learning%20and%20problem%2Dsolving.
156 FERNANDEZ, D. El impacto de la inteligencia artificial en el derecho. LA LEY 19/10/2017, 6. Cita online: AR/DOC/2785/2017
157 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm
158 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm
159 COLOMBO, M. C. ¿La utilización de algoritmos es una actividad riesgosa? LA LEY 08/11/2019, 1. Cita online: AR/DOC/3516/2019
160 SALVOCHEA, C. R. Ciencia ficción societaria: la admisión de una persona jurídica sinté-

mente de inteligencia artificial, en una total ausencia de participación humana, propiciándose la inevitable discusión referente a la determinación de la responsabilidad, que escapa al desarrollo del presente.

Firma digital

Nuestro ordenamiento civil y comercial, define que es firma, elemento que: "*prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde*"[161], pudiendo ser la misma ológrafa, digital o electrónica. Seguidamente, esa misma norma, establece en su segundo párrafo: "En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento", cumplimentando su definición el artículo 2 de la Ley Nº 25.506 Firma Digital[162].

Ello nos lleva a establecer que, actualmente Argentina, posee esta herramienta (entre otras), posibilitando la celebración de instrumentos y novedosos métodos de contratación, que, si bien no fueron concebidos en miras de la situación pandémica actual, son de gran utilidad en la concreción y desarrollo de nuevos negocios e inversiones[163], aún en forma no presencial.

Cheque electrónico

Novedosa herramienta tecnológica que puede ser utilizada para la operatoria o cumplimiento de las obligaciones de las sociedades comerciales; si bien aún no es establecida por la Ley Nº 24.452 Cheques[164], ni así tampoco las diversas reglamentaciones del B.C.R.A., surgió una definición doctrinaria[165].

tica. LA LEY JA 2019-IV SJA 11/12/2019, 79. Cita Online: AR/DOC/3173/2019.
161 Art. 288 CCyCN.
162 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/texact.html.
163 ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J. El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada. LA LEY 05/08/2020, 2. Cita Online: AR/DOC/2392/2020.
164 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/14733/texact.htm
165 MOLINA SANDOVAL, C. A. Cheque electrónico (ECHEQ): pautas de armonización del

Una vez más, notamos el surgimiento y utilización de diversos instrumentos que, tras la implementación del aislamiento social, preventivo y obligatorio, impuesto bajo las prerrogativas legislativas del Poder Ejecutivo Nacional[166], otorgan soluciones prácticas y eficientes[167], permitiendo la subsistencia de los vínculos comerciales, especialmente frente a los denominados stakeholders[168].

Fintech (tecnología financiera)

Como una novedosa y necesaria forma de realizar negocios, la tecnología financiera, es definida por la Mesa de Seguimiento Informativo (B.C.R.A.) como: "*innovaciones financieras posibilitadas por el avance tecnológico que acarrean efectos concretos en la provisión de servicios financieros a través de la transformación de modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos*"[169]. Fintech cuenta con cuatro áreas principales de desarrollo[170]: a) medios e infraestructura de pagos; b) soluciones *blockchain*; c) tecnologías y sistemas transversales; y d) canales alternativos de crédito y ahorro. Por todo ello, aquellas sociedades comerciales que optaron por la utilización de la tecnología financiera (con o sin previsibilidad de la permanente actualización que requiere la celebración de negocios) lograron superar ampliamente sus ganancias, desde la implementación del D.N.U. 297/2020, no afectando el cumplimiento de su objeto social la cuarentena (hasta el momento indefinida), ordenada por esa norma.

Más allá de las críticas y apoyo recibidos por sectores ampliamente dispares, es indudable que Fintech, llego para quedarse y que ha revolucionado rotundamente la forma tradicional de ofrecer bie-

régimen de cheque y del sistema de los títulos valores. LA LEY 18/03/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/642/2020.

166 https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320

167 CABALLERO, L. M. El desarrollo de los negocios y la tecnología digital en época de pandemia. Los desafíos del Derecho frente a la Pandemia COVID-19.Derecho Privado. Derecho Empresario. IJEDITORES. 30/04/2020.

168 https://obsbusiness.school/es/blog-investigacion/marketing-y-comunicacion/stakeholders-ejemplos-para-entender-el-concepto

169 https://www.bcra.gob.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Innovacion_financiera.asp

170 HEREDIA QUERRO, S. Banca vs Fintech: Round 1. LA LEY 19/02/2020. Cita online: AR/DOC/176/2020.

nes y servicios[171].

Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS)

Con la regulación de la Ley Nº 27.349 Apoyo al Capital Emprendedor[172], en su Titulo III, en los artículos 33 a 62, se encuentra regulado este tipo societario; criticado fuertemente por un sector de la doctrina[173] [174], respecto de su falta de contralor, posibilitando su utilización con fines ilícitos; es también bendecido por la opinión de renombrados juristas[175] [176]. Más allá de ello, es destacable los ítems[177] que a continuación de detallan: a) este tipo societario acompaña a la modernización de los negocios; b) apunta al ejercicio de la función y objeto social, en un actualizado método de cumplimentar con las normas de carácter general; c) la constitución y el funcionamiento netamente digitales, plasman el nuevo orden mundial de realización de negocios; y d) posee una adaptabilidad societaria, altamente manifiesta, ante los cambios abruptos y frecuentes del mercado.

Sin embargo, la Inspección General de Justicia, tras la implementación de la Resolución General 23/2020[178], imprimió un fuerte

171 ROUCO, E. M. Fintech, una herramienta viable en época de pandemia. LXXXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia De Buenos Aires. Libro Digital. Julio 2020. Ediciones D&D S.R.L. p. 39-48. Disponible en https://ebook.edicionesdyd.com.ar/library/publication/lxxxi-encuentro-de-institutos-de-derecho-comercial-de-los-colegios-de-abogados-de-la-provincia-de-buenosaires?require_login=1

172 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273567/norma.htm

173 NISSEN, Ricardo A. y CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel. Las sociedades prêt-à-porter o sociedades por acciones simplificadas (SAS). Inexistencia de tipicidad y algunas consideraciones sobre el proyecto de reformas a la ley 27.349. LA LEY 29/07/2020, 1 Cita Online: AR/DOC/2393/2020.

174 BURGHINI, Leopoldo O. y MARANO, María E. La recuperación del control sustancial de legalidad registral en las sociedades por acciones simplificadas: un mecanismo de prevención para combatir la criminalidad económica. LA LEY 02/07/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/2255/2020.

175 DUPRAT, Diego A. J. y ODRIOZOLA, Juan M. Algunas reflexiones sobre las SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del “yo-yo”. LA LEY 24/06/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/2102/2020.

176 YAPUR, Mercedes. Tecnología y digitalización aplicadas a sociedades. No solo una necesidad en tiempos de COVID-19, sino una realidad permanente. El Derecho Empresario en tiempos del Coronavirus. Derecho societario y corporativo. IJEDITORES. 19/05/2020.

177 YAPUR, Mercedes. Tecnología y digitalización aplicadas a sociedades. No solo una necesidad en tiempos de COVID-19, sino una realidad permanente. El Derecho Empresario en tiempos del Coronavirus. Derecho societario y corporativo. IJEDITORES. 19/05/2020.

178 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/337368/norma.html.

retroceso a la tan ansiada actualización del Derecho Societario, e incluso con normativa anterior[179] suspendió la constitución de nuevas SAS, a través de TAD (Trámites a Distancia)[180] por el término de 180 días, empoderando la tramitación arcaica por papel, bajo el argumento que ese sistema físico, es mucho más fiable que el digital. En contraposición, a lo precedentemente mencionado, ese ente de contralor legisló la Resolución General 11/2020, permitiendo a las sociedades comerciales que así no lo tienen estipulado en su instrumento configurativo, diversos métodos no presenciales y digitales, con la finalidad de cumplimentar con lo normativamente exigido. Todo ello, denota dos circunstancias: 1) las S.A.S. no son la reencarnación de Lucifer, como lo establece la actual administración de la I.G.J.; simplemente tienen errores y elementos a mejorar como cualquier instrumento del plexo jurídico, no significando ello, que deban ser desterradas de la legalidad; y 2) la utilización de los métodos de las SAS, son ahora herramientas viables (en época de pandemia) para el resto de las personas jurídicas, más allá de la ausencia en su estatuto social, significando que las prohibiciones y limitaciones impuestas a las simplificadas, responden más a una cuestión política, que empírica.

POSTURA PERSONAL

Desde tiempos inmemorables la humanidad se ha servido de la naturaleza, perfeccionando métodos novedosos y tecnológicos que contribuyan a su bienestar; con el surgimiento de las normas y el proceso de codificación, se ha planteado un permanente objetivo de aggiornamento de los sistemas legales, no siendo ajeno a ello, el Derecho Societario. Ahora con el cuadro de situación que presenta el citado virus pandémico, la población en su conjunto debe unirse y buscar medios alternativos (o quizás utilizar los ya existentes y que hasta el momento no habían sido tenidos en cuenta) a fin de obtener las respuestas necesarias y concretas, a los males que afligen a las diversas comunidades.

179 Resolución General 6/2020 IGJ. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resolucion_general_igj_6-2020.pdf
180 https://tramitesadistancia.gob.ar/

Así, las sociedades comerciales (promotoras de la producción y desarrollo económico) deben tener en miras las actuales herramientas tecnológicas, sirviéndose de ellas como lo hacían las personas físicas de la naturaleza; es vital, poner sobre la mesa este tipo de cuestiones que promueven el crecimiento cognitivo y productivo de nuestro país, presentando fundamentos reales y no meras opiniones personales o políticas, que a nada nos han llevado.

Finalmente, considero que nuestro pueblo siempre ha demostrado un permanente sentido de resiliencia, batallando una y otra vez contra las tempestades que se le han presentado, debiendo nuestra actual generación hacer honra al legado de nuestros antecesores, poniéndolo hasta lo último esfuerzo profesional y humano, con el objetivo de brindar soluciones y herramientas necesarias a la sociedad.

dyd eBooks

§ 2.6. La no responsabilidad de los administradores en temas laborales

Por Dra. Adriana Bottos

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

Con fecha 21 de septiembre del 2020 la sala VII de la Cámara Nacional del Trabajo dictó sentencia en los autos "LUGO, AYELEN NAHIR C/ GALANES S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO", publicada por Rubinzal Culzoni on line (Rubinzal Online; RC J 6017/20).

No se ha podido tener acceso al expediente ni a la sentencia de primera instancia, pero un párrafo de la resolución en torno a los agravios que sustentan el recurso de apelación resultan ilustrativos del contexto fáctico de la relación laboral habida entre las partes: "*Ambas partes, cada una desde su óptica e interés, objetan la valoración que de las pruebas producidas en autos hizo el "a quo". La demandada porque consideró demostrada la jornada de trabajo invocada por la contraparte y por ende la remuneración pretendida y la actora por cuanto desestimó la fecha de ingreso denunciada en la demanda*".

La pretensión de la actora es evidentemente un reclamo por una incorrecta registración de la relación laboral que uniera a las partes hoy en litigio. Según surge de las letras del fallo, estaría registrado con jornada parcial.

Sin embargo, lo llamativo del fallo son los argumentos que esboza la Sala para desestimar la extensión de la condena a los administradores de la sociedad demandada en los términos del art. 59 y ccs. LGS.

"*En lo que respecta a la responsabilidad de la persona física demandada (Sr. Sánchez, socio gerente) es de recordar que el armónico juego de los arts. 59 y 274 de la LSC es muy claro en cuanto contempla la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de*

los administradores, representantes y directores que a través de sus conductas u omisiones, al margen de su comportamiento en relación a la normativa interna del ente societario, violen la legislación vigente. En el caso, si bien se ha concluido que existían diferencias salariales por cuanto la actora se encontraba registrada con una jornada de trabajo inferior a la real, y esto constituye una deficiencia registral, no ha existido evasión en el registro, ya que el objeto de la Ley 25323 es erradicar el trabajo clandestino mediante una condena pecuniaria y no al criterio amplio por el cual quedaría comprendido todo supuesto que distorsione algún dato de la relación de empleo. Nótese que la demandada registró jornada parcial y abonó jornada parcial, generándose así diferencias salariales en favor de la accionante y que son objeto de condena.

Reitero, no hubo clandestinidad en el registro, debiendo recordarse que dicha norma impone la existencia de algunos de los presupuestos contemplados en los arts. 8, 9 o 10 de la Ley Nacional de Empleo, lo que no ha sido objeto de reclamo en autos.

Es por ello que, si bien se trata de un incumplimiento contractual pero que no amerita la condena solidaria pretendida".

La novedad que advertimos debe entenderse a la luz de los argumentos doctrinarios y pronunciamientos jurisprudenciales respecto de este tema: la responsabilidad de los administradores.

En efecto, son recurrentes los fallos que en material laboral extienden los efectos de la sentencia, condenando a la sociedad empleadora y a los administradores cuando la relación laboral habida entre las partes no estaba registrada o lo estaba de manera irregular.

La postura también admite ciertos matices: condenar solidariamente a la empleadora y a los administradores (directores o gerentes según el tipo societario que se trate), o bien limitar la responsabilidad de estos últimos al pago de los rubros que se generan como consecuencia de una incorrecta o inexistente relación laboral, nos referimos en este último caso a las multas o indemnizaciones derivadas de la ley 24.013 y 25.323.

Al respecto Vázquez Vialard explica que: "*…si en la gestión del negocio incurren, por lo menos, en culpa grave, deben responder, entre otros, ante el tercero (en el caso, el trabajador) que, como consecuencia del incumplimiento, sufre un daño. Esa obligación se genera respecto de las situaciones que, con cierta frecuencia, se plantean a raíz de la relación laboral. Entre ellas, cabe citar la falta de pago en término (cuando existen fondos disponibles para ello), "pago en negro", no inscripción de la relación en los respectivos registros. En esos casos, la responsabilidad directa que le cabe a la sociedad como empleadora se extiende al administrador que, por lo menos, por razones de negligencia, ha dado motivo a la comisión del ilícito... **Para ejemplificar ciertas situaciones, cabe precisar que aun cuando proceda imputarle negligencia al administrador por no haber procedido con diligencia a fin de registrar la relación laboral, o por haber efectuado "pagos en negro" -lo que le trae aparejada la consiguiente responsabilidad ante el trabajador que, en virtud de esa actitud, ha sufrido un daño patrimonial o de otro carácter-, aquella se limita al ilícito en que ha incurrido. Por lo tanto, si el trabajador reclama indemnización por despido incausado, respecto de este, solo podrá hacerse efectiva la responsabilidad del administrador en cuanto el hecho le pueda ser imputado a título de dolo o culpa grave. Obviamente, lo será si el distracto se produjo como consecuencia del "pago en negro" o por la falta de registración, pero no si la causa del mismo responde a una situación ajena al ámbito de su competencia*[181].

La Sala B del fuero Comercial en autos "Alarcón, Miguel Ángel c/ Distribuidora Juárez SRL y otros", el 17-6-2003, entendió que: "*…que los fraudes a la ley laboral hacen responsables a los administradores codemandados ante el tercero (en el caso, el dependiente), quien, como consecuencia del incumplimiento, sufrió un daño: "La responsabilidad se generó ante la falta de pago en término, 'pago en negro', no inscripción de la relación en los respectivos registros, etcétera", y por eso sostuvo la sala B que "La responsa-*

181 Vázquez Vialard, Antonio: "Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social" Cita: RC D 3271/2012, Tomo: 2001 1 La solidaridad en el contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral.

bilidad directa que le cabe a la sociedad como empleadora se extiende al administrador que motivó la comisión del ilícito ya que incurrir en las prácticas de contratación clandestina contravino los deberes de conducta que configuran el paradigma que impone el actuar con buena fe, como un buen hombre de negocios y como un buen empleador (arts. 62 y 63 de la LCT)".

Ello llevó a que la doctrina entienda que: "*La misma línea han seguido distintos jueces y tribunales de todo el país, utilizando los artículos 59, 157 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales para responsabilizar a socios gerentes, directivos y administradores en forma solidaria con la entidad empleadora por deudas laborales ante la comprobación de que en su actuación violaron las leyes laborales y de la Seguridad Social en contravención al estándar de conducta que les resulta exigibles como hombres de negocios*"[182].

De proceder a la condena solidaria de la sociedad y de los administradores, debemos entender que se trata de obligaciones concurrentes en los términos del art. 850 del CCYCN se trataría de obligaciones concurrentes: aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes.

En efecto, la sociedad es deudora por los incumplimientos en los que ha incurrido en su condición de empleadora y los administradores por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la ausencia de un obrar diligente y como buen hombre de negocios.

En suma esta apretada síntesis de posturas y planteos sobre la extensión de la responsabilidad de los administradores en sede laboral –tema no agotado- sirva para justificar la novedad del fallo referenciado en el cual se reconoce un incumplimiento –registración irregular- al que no se le otorga al mismo una entidad de tal magnitud que genere la operatividad de la responsabilidad que determina los arts. 59 en lectura armónica con los arts. 157 y 274 de la LGS.

182 Maza, Miguel Ángel: "La responsabilidad personal de administradores y directivos de sociedades: una pequeña revolución moral en el derecho comercial y su expansión al ámbito civil por el código civil y comercial unificado", Cita: RC D 995/2017, Tomo: 2015 2 El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-I. Revista de Derecho Laboral.

Puede ser, tal vez, la magnitud del incumplimiento la que determine si estamos ante una conducta contraria a la diligencia de un buen hombre de negocios, ante una conducta culposa.

§ 2.7. El administrador societario solo debe responder por culpa o dolo aunque actúen en la zona de insolvencia

Por Dr. Rodrigo Ton y Walter Ton

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

El administrador societario tiene legitimación propia para actuar, no lo hace por poderes derivados, por tanto debe tomar decisiones en forma permanente. Sea que la empresa esté con un desempeño económico muy bueno o esté actuando en la zona de insolvencia.

El administrador no debe responder por el riesgo empresario, sino por la calidad de sus decisiones.

Hoy se encuentra agravada la situación por la pandemia que nos azota.

Por ello el administrador no debe ser juzgado como si tuviera una responsabilidad de resultado en su actuación, sino solo por la culpa o dolo en su actuar.

DESARROLLO

El administrador societario debe actuar en un sistema macroeconómico en el cual se encuentra inmersa la empresa que administra. Nuestro país ha sufrido una etapa muy larga de mucha presión impositiva, de altas tasas de interés y de poco apoyo del sistema financiero.

Las empresas no podían recurrir al sistema financiero oficial, porque no tenían sus obligaciones fiscales al día y eso los llevaba a tener que ir al circuito informal de descuento de cheques con tasas superiores al 10 % mensual y plazos excesivamente cortos, que ni siquiera le servían para recomponer su capital de trabajo.

Para agravar mucho más la situación el mundo comenzó a sentir los efectos de una pandemia a la que nuestro país no fue ajeno. Esto motivó que el gobierno tomara decisiones que no juzgaremos desde el punto de vista político, porque no es nuestro objetivo. Se cierran las actividades productivas, con obligación de seguir pagando los sueldos, con prohibición de despido e incluso doble indemnización.

El gobierno intenta solucionar el problema en especial de las PYMES, haciéndose cargo del pago de los sueldos y otorgando créditos con el 24 % de interés anual.

Los bancos no colaboraron de ninguna manera. Los créditos subsidiados no llegaron a las personas que debían llegar.

Muchas de las empresas comienzan a transitar lo que llamaremos zona de insolvencia.

La zona de insolvencia

La cesación de pagos no es un momento, es un estado en el que se advierte que no se puede cumplir con las obligaciones normales, con los ingresos ordinarios-

El administrador ¿conoce la cesación de pagos?, ¿desde cuándo?. En algún momento decíamos si llegaste tarde al concurso te castigo a través de la calificación de conducta y larga inhabilitación por diez años. Esto no existe más en nuestro sistema legislativo-

Pero si somos conscientes que el administrador debe buscar soluciones preventivas de la crisis. Sabemos que pocas existen en nuestra legislación, salvo el acuerdo preventivo extrajudicial-

La infra capitalización societaria ¿lo hará responsable?. No debemos confundir la infra capitalización o mejor dicho la infra patrimonialización con la insolvencia. Una sociedad puede estar infra capitalizada y no ser insolvente. Los pasivos pueden ser corrientes o no.

El administrador societario

Los administradores societarios deben tomar sus decisiones en soledad.

Deben navegar en un mar lleno de tiburones. Las mayorías se abusan no permitiendo que de información de los negocios, ni distribuya utilidades y las minorías con acciones judiciales para pedir la intervención, la remoción y las acciones de responsabilidad.

Se percibe con toda claridad la distancia entre los administradores que tienen el poder para decidir sobre todos los temas que aquejan a la empresa, de los dueños que tienen la propiedad pero que se limitan a ver la fotografía, que es el balance, una vez al año y allí decidir sobre la calidad de la gestión del administrador.

Cada vez más se tiende en las sociedades a un directorio profesionalizado.

Nos olvidamos muchas veces cuando se asesoran sociedades del límite del objeto social. La necesidad de que el objeto social sea preciso y determinado es una protección para los accionistas. Es lo que marca el límite de actuación de los administradores-

El Directorio es “el órgano necesario y permanente que posee a su cargo la tarea de administrar y llevar adelante los negocios de la sociedad”.

El administrador debe ser un “buen hombre de negocios”. Hemos cambiado la definición del “buen padre de familia” que siempre ostentó nuestra legislación civil. Esto no es casual y explicaremos por qué. El buen padre de familia es un conservador de sus bienes para protección de los suyos. En cambio el buen hombre de negocios debe obtener ganancias y ninguna duda cabe de que a mayor riesgo, mayores son las ganancias, por lo que debe saber asumir los riesgos. Saber cuál es el límite de los mismos-

Se le exige además la lealtad. De esta conjunción de lealtad y buen hombre de negocios que marca el artículo 59 LGS es donde más claro surge el riesgo que tiene que asumir el director cuando actúa en la zona de insolvencia. Dice el artículo 274 LGS que los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño del cargo, la violación de la ley, los estatutos y los reglamentos y cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Su única defensa es que para hacerlo responsable hay que probar la

antijuridicidad, la culpa o el dolo, el daño y la relación causal. No obstante existe calificada doctrina que pretende la responsabilidad sin culpa.

La actuación del administrador en la zona de insolvencia

El administrador advierte la crisis y tiene que comenzar a tomar decisiones. Tiene que analizar los problemas que lo llevan a la insolvencia. ¿Serán los altos salarios? De ninguna manera si son eficientes. ¿El abuso del crédito? No si las tasas son negativas. ¿El pedido excesivo de mercaderías? No. Porque depende de la inflación y el costo financiero si le conviene tener más o menos mercaderías. ¿Es necesario que se haya enriquecido el administrador? No. Es independiente de su labor, puede ser muy honesto pero ineficaz. La obligación del administrador societario es de medios no de resultados.

Sí será muy grave no llevar contabilidad ordenada. Sin ella no se puede saber si es buena su gestión o si hay dividendos para repartir.

La pregunta es: ¿debe seguir cuando advierte la crisis y la llegada de la cesación de pagos? O debe concursar o liquidar la sociedad. Es su difícil decisión. Debe analizar sin dudas la viabilidad de la empresa. Si ella no es viable no puede seguir. Si lo es y sigue los factores exógenos muchas veces permiten que cambien las condiciones y se revierta la cesación de pagos.

Por ello es muy difícil culpar al administrador por no haberse presentado en concurso, pedir su quiebra y seguir funcionando.Es su decisión. Está solo con sus conocimientos, su experiencia y su intuición.

CONCLUSIÓN

El administrador no debe responder por el riesgo empresario, sino por la calidad de sus decisiones.

El administrador no debe ser juzgado como si tuviera una responsabilidad de resultado en su actuación sino solo por la culpa o dolo en su actuar.

§ 2.8. Luces y sombras sobre fiscalización estatal de sociedades

Por Dra. Adriana B. Blanco

Colegio de Abogados de San Martín

SUMARIO

La intensidad de la fiscalización estatal de sociedades puede tener distintos matices según la concepción sobre los alcances del concepto de "interés público" para la intervención del Estado en las sociedades. Sin embargo hay zonas que no admiten grises, zonas de sombras que operan como fronteras al alcance del control externo administrativo, dentro de un territorio de amplia competencia sobre el control estático en la registración, que sin dudas incluye el control de legalidad sustancial de los actos sometidos a registración y la fiscalización de funcionamiento solamente respecto de las sociedades que resulten incluidas en el art. 299 L.G.S.

INTRODUCCIÓN

Si bien el tema de la fiscalización estatal sobre sociedades o control externo, es un tema de debate de larga data, ha cobrado nuevas aristas en los últimos tiempos y podríamos decir que se encuentra en plena ebullición.

Desde la derogación del Código de Comercio (especialmente sus arts. 34 a 42) sin incorporar el nuevo código unificado una norma similar sobre competencia y alcance del control de legalidad del Registro Público, sumado a la reforma del art. 6 L.G.S. comenzaron algunas voces a cuestionar la competencia de los organismos de contralor sobre distintos aspectos.

Otros ingredientes se fueron sumando efervescencia, como el dictado de la ley 27.444 que modificó el art. 8 L.G.S. y art. 4 de la ley 22.315 quitando a la I.G.J. competencia sobre el Registro Nacional de Sociedades Anónimas, y además claro está, los múltiples

cuestionamientos doctrinarios a resoluciones dictadas por I.G.J durante este año 2020, como por ejemplo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas[183], inscripción del contrato de fideicomiso[184], adecuación de los Clubes de Campo[185], sociedades constituidas en el extranjero[186], entre otras cuestiones.

Así, en el debate doctrinario se reinstalaron más sombras de dudas sobre el contenido y los límites de las facultades del Registro Público mencionado en el C.C.C.N. y la fiscalización estatal que tienen asignados los organismos según sus respectivas leyes de creación. Por eso, jugando con las luces y las sombras que se proyectan sobre su competencia, me parece importante traer el tema a este Encuentro de Institutos, a pesar de los extensos y profundos estudios existentes, en el entendimiento que la reflexión en conjunto permite traer algo de luz a la cuestión.

DESARROLLO

Nuestro sistema jurídico normativo descansa sobre la Constitución Nacional y Constituciones Provinciales que establecen los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Pero tales derechos no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Surge así, la necesidad de una actividad estatal limitadora de las actividades de los particulares para adecuarlas a las exigencias del interés general.

Siguiendo a Benseñor podemos definir el poder de policía societario como el sistema mediante el cual el Estado desenvuelve actividades de limitación frente a expresiones societarias con la finalidad de preservar la existencia de bienes considerados comunes[187]. Implica

183 Duprat, Diego y Odriozola, Juan Martin, Algunas reflexiones sobre las SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del yo-yo. LL ejemplar del 24/06/2020.
184 Papa, Rodolfo "La IGJ expande su competencia (¿solo?) registral sobre el contrato de fideicomiso. Errepar. DSCE Sep. 2020
185 Ejemplar de La Ley Nuevas Incumbencias Notariales II, del 23/06/2020 que contiene varios artículos de doctrina al respecto.
186 Vitolo, Daniel R. "El control administrativo sobre las sociedades constituidas en el extranjero: soplan viejos y nuevos vientos. DSC Errepar Marzo 2020, quien reconoce que los cambios políticos pueden afectar la interpretación de las normas por parte de los organismos administrativos de control.
187 Benseñor, Norberto, "Fiscalización estatal y poder de policita societario" Rev. de Dcho

la atribución reservada al mismo para limitar la libertad individual, según ciertas valoraciones pragmáticas y jurídicas, como orden, seguridad, paz y poder[188].

Por otra parte, este poder de policía que constituye la facultad de control es una materia que las provincias no han delegado en el gobierno nacional y en consecuencia cada jurisdicción ha sancionado leyes que al organizar los organismos respectivos, que interpretan con más o menos amplitud el alcance de las funciones que la L.G.S. les atribuye.

Respecto de esta fiscalización estatal tenemos en la Ley 19.550 un puñado de normas que resultan iluminadoras de esta competencia. Como sabemos se clasificó a las sociedades anónimas en dos grupos: las sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299) y el resto sujetas fiscalización estatal limitada (art. 300), marcando además pautas sobre la posibilidad de extensión del control (art. 301), sanciones (art. 302), facultades (art. 303) recursos (art. 306) entre otras cuestiones.

La justificación de la distinción se basa en que las incluidas en el art. 299 LGS son las denominadas "grandes empresas" y pueden generar gran influencia en el desenvolvimiento de la economía en general. Si bien es cierto que en la generalidad de los casos las incluidas serán sociedades de gran envergadura económica, no es necesario que siempre lo sea así, como puede ocurrir con una anónima pequeña que resulte concesionaria de un servicio público o las del inc. 2° que como bien sabemos, el monto del capital establecido frecuentemente queda menguado producto de la desvalorización de nuestra moneda e incluir de tal manera a sociedades que no resultan de gran envergadura sino medianas empresas.

En esta línea de diferenciación, el control administrativo se ha clasificado en estático o dinámico[189]. El control estático se relaciona al control de constitución, sobre el contrato constitutivo extendiéndose a sus reformas y variaciones de capital (aplicable a todas

Comercial y de las Obligaciones junio 1987 pag. 348

188 . F. Linares, s. d., citado por Ragazzi, 1996: 718 y ss, Perez Cassini, Analia, "Estado y Sociedades. Ineficacia administrativa y apelación. Ed. Universidad de La Plata. Pag. 21

189 Benseñor, obra citada pag.353

las sociedades), cuya finalidad es la seguridad jurídica, la publicidad, oponibilidad y protección de terceros. En cambio el control dinámico refiere la fiscalización de actividad o de funcionamiento, incluyendo disolución y liquidación, siendo este último solo aplicable a las incluidas en la enumeración del art. 299 LGS o por aplicación del art. 301 inc. 2 L.G.S. (cuando lo considere necesario), es decir que se suma aquí una clara finalidad de resguardo del interés público que podría resultar afectado.

Siguiendo esta síntesis de la normativa, cabe mencionar que estas facultades de control y fiscalización también tienen su fundamento en las leyes de creación de los organismos respectivos: Ley 22.315 para la IGJ y Decreto Ley Nº 8.671/76 de la Provincia de Buenos Aires y sus respectivos decretos reglamentarios, que precisan y en algunos casos amplían las facultades otorgadas por la ley[190].

No quiero omitir en este breve análisis, que los organismos que desarrollan el poder de policía societario también pueden ser específicos (SSN, CNV, etc.) según el objeto o actividad desarrollada o el modo de canalizar la inversión (de capitalización o ahorro), los cuales quedarán fuera de este breve análisis.

INTERROGANTES

Siendo mi propósito acercar cierta luz sobre la interpretación dada a la normativa citada precedentemente, me parece interesante formularnos algunas preguntas disparadoras del debate.

¿Resultan expresiones de igual contenido: fiscalización estatal, contralor o control estatal, control externo?

En este sentido se ha dicho: “Uno de los problemas que nos enfrentamos refiere a la cuestión terminológica[191]. Se utilizan indistintamente: fiscalización estatal, control externo, contralor administrativo, fiscalización pública, siendo todos estos conceptos similares”.

190 Se restringe el análisis solo a estas dos organismos, sin perjuicio que pueda extenderse las conclusiones a los demás organismos provinciales.
191 Perez Cassini, obra citada en nota 6

Ciertamente la multiplicidad de expresiones similares no ayuda a obtener precisiones en la materia. Sumado ahora al cambio de denominación del órgano de control, órgano de contralor o Registro Público (ex Registro Público de Comercio[192]) y las diferentes denominaciones que recibe el particular organismo en CABA y en cada Provincia. Nissen advierte que "no debe incurrirse en el frecuente error de asimilar al Registro Público de Comercio con la Inspección, como frecuentemente se observa en la práctica; el primero es una oficina y la segunda es el organismo o dependencia del Estado que tiene a su cargo la organización y funcionamiento de ella"[193].

Pero mientras Benseñor diferencia entre control de constitución o "estático" y control de funcionamiento o "dinámico"[194], Butty distinguió el "control" en el momento de la constitución y por otro lado el "contralor" de diverso alcance que es el del sujeto de derecho en funcionamiento que corresponde a las sociedades incluidas en el art. 299 L.G.S.[195].

En definitiva, más allá de esta distinción terminológica, ambas funciones quedan incluidas en el poder de policía y no considero un error denominar "control" a la fiscalización sobre el funcionamiento societario, (solo aplicable a las del 299 L.G.S.). La intensidad de dicho control es amplia como lo demuestra la competencia para declarar "irregulares o ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos"[196], con lo cual también existe un control de legalidad en esta fiscalización permanente "dinámica".

Respecto al alcance del término "control" queda claro que este no incluye la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos, que fuera eliminado con la ley 19.550.

192 Registro Publico de Comercio que sigue siendo mencionando en algunos artículos de la L.G.S., por ejemplo art. 77 inc. 5, 81, 83 inc. 5, 84, 88 inc.4, 92, 102, 111, 112, 123,149. 152,168, 336, 339 y 340.
193 Nissen, Ricardo, Control externo de sociedades comerciales. Facultades de la Inspección General de Justicia. Ed. Astrea.
194 Benseñor, Norberto obra citada en nota 5
195 Butty, Enrique, "Acerca del control estatal sobre las sociedades comerciales". En Sociedades ante la IGJ Director Daniel Vitolo Suplemento Especial La Ley abril 2005
196 Ley 22315 art. 6 inc. f. y Dec. Ley 8671-76 Policía en materia societaria art. 6.

¿Incluye la fiscalización estática el control de legalidad sustancial sobre los instrumentos a inscribir? ¿Ha modificado la ley 26.994 y su CCCN el alcance del control de legalidad del Registro Público?

Algunos autores han sugerido que las modificaciones introducidas por la ley 26.994 haría presumir que estaríamos frente a un nuevo sistema de registración automática que convertiría al Registro Público en un mero receptor de los documentos, donde los efectos de la toma de razón quedarían limitados solo a la publicidad.[197]

Esta postura ha preocupado al actual Inspector Dr. Ricardo Nissen, quien en distintas resoluciones particulares ha destacado su fuerte oposición en los siguientes términos: *"Banalizar todo lo descripto precedentemente, cual si la multifacética función propia de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA de la Nación, entidad descentralizada del Estado Nacional y dependiente del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, fuera un acto mecanicista o meramente burocrático, equivale a pretender soslayar o infravalorar un relevante bloque de legalidad de orden público conformado por normas imperativas o ius cogens de aplicación y observancia inexcusables, eventual demérito que, como parte de los poderes públicos, este órgano de control no puede admitir, ni admitirá. Quede claro, entonces, que la esfera competencial de esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA no se trata de un símil de trámite bancario o de una actuación analogable al pago de un servicio, sino de un procedimiento de inspección integral y harto complejo, pero pletórico de consecuencias prácticas, en tanto supone una presunción de legalidad del acto inscripto y una garantía de seguridad jurídica para quienes se encontrarán interna o externamente vinculados con el ente societario que pretende su inscripción y que podrá, una vez incorporado al tráfico mercantil, imponer a los terceros los beneficios del tipo social elegido, entre cuyos comunes denominadores se encuentran, precisamente y sea cual fuere el tipo optado, la separación patrimonial y la limitación de la responsabilidad"*[198].

197 Vitolo, Daniel, Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades. Ed. Ad. Hoc. Pág. 101.
198 Resol. Particular IGJ 197, del 16/06/2020, E_CONCILIADOR S.R.L. se puede consultar en pag. Web IGJ

A este respecto tanto el mantenimiento del texto original del art. 167 L.G.S., como las leyes de creación de los organismos respectivos, solo pueden hacer concluir que el control de legalidad sobre el contenido y la forma de los instrumentos a inscribir no ha sufrido cambios por las reformas de la ley 26.994.

Conforme al principio de legalidad imperante en los estados de derecho, los órganos estatales deben actuar dentro del ámbito demarcado por la ley, por lo tanto no podrían válidamente "inscribir" un instrumento que no se ajustara al ordenamiento jurídico. Si la intención del legislador hubiera sido crear un mero "buzón" hubiera simplemente establecido una publicación edictal y no una inscripción en un registro estatal.

La presunción de legalidad del acto inscripto y la seguridad jurídica a los terceros por la imposición del tipo social, es decir por su oponibilidad, resultan firmes fundamentos también para el mantenimiento de este control. Pero cabe recordar que la policía societaria no puede fundarse en la condición de personas jurídicas de las sociedades, en tanto la separación patrimonial del ente de sus miembros no resulta de la inscripción registral. La persona jurídica existe como tal desde su constitución (art. 142 CCCN) sin requerir ningún tipo de inscripción para ello. La inscripción registral produce la regularidad (art. 7 LGS) y la oponibilidad erga omnes del tipo elegido[199].

Sentado ello, dentro de la órbita de este control de legalidad[200] que es de su competencia, hay zonas donde el contenido del mismo surge claramente, como por ejemplo sería verificar si un contrato social cumple con los requisitos formales y sustanciales previstos en el art. art. 11 L.G.S.

Pero también dentro de este control de legalidad hay ciertos márgenes grises, discrecionales, que contienen cuestiones opinables,

199 En contra, sosteniendo el efecto constitutivo de la inscripcion: Nissen, Ricardo Curso de Derecho Societario Ed. Hammurabi pag. 158, Zunino, Jorge O "Regimen de sociedades Ley general 19550 Astrea pag. 15

200 Respecto si el control de legalidad es solo formal o también sustancial, considero que es una discusión ya superada, en tanto estos elementos se implican recíprocamente. Fourcade, Viviana 12 Fronteras y Contenidos del control de legalidad de la Inspección General de Justicia. DSC Errepar Septiembre 2005.

pero que están sujetas a revisión judicial solo si han cruzado los límites de la razonabilidad[201]. Por ejemplo: determinar si existe confundibilidad o no entre dos denominaciones; o si el capital de una S.R.L. es manifiestamente insuficiente, o si la palabra "afines" consignada dentro del objeto lo torna impreciso o indeterminado, etc. La definición de estas cuestiones requiere una interpretación que seguramente será variable según el criterio subjetivo del registrador, pero no escapan a una manda legal.

Pero ya dentro de esta zona más llena de sombras, también veo a los cultores de la tesis del control amplio y profundo, quienes avanzan excediendo las constancias del documento inscribible para adentrarse al negocio fundamental que le da origen[202]. Entiendo que esa función excede la competencia del órgano, que solo examina el instrumento y los datos que de allí surgen en forma expresa o manifiesta. "La competencia de los órganos del poder es específica, es decir, que estos están autorizados para ejercer solo aquellas atribuciones que les han sido conferidas expresamente por las norma, a diferencia de lo que sucede en derecho privado con la capacidad de las personas, las cuales pueden ejercer todos los actos jurídicos, excepto aquellos respecto a los cuales tengan una prohibición expresa"[203].

¿Incluye la fiscalización dinámica (o de funcionamiento) el control sobre todas las sociedades por acciones, es decir sobre las no incluidas en el art. 299 L.G.S.? ¿Cuáles son los límites de este control?

Del análisis de la normativa de la ley 19.550 surge claramente que la fiscalización permanente (durante su funcionamiento, disolución y liquidación) les corresponde a las sociedades incluidas en el art. 299 LGS o por bien aplicación del art. 301, a pedido de accionistas que representen el 10% del capital o el síndico, o cuando lo considere necesario según resolución fundada en resguardo del

201 La esencia de la discrecionalidad administrativa es, pues, la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios que marca la legislación y dentro de los límites elásticos marcados por la razonabilidad, la arbitrariedad y la proporcionalidad. Gustavo Silva Tamayo. " El acto administrativo como expresión paradigmática del interés público" 5 de Septiembre de 2011 www.saij.jus.gov.ar
202 Nissen, obra citada en nota 11 con cita de Butty.
203 Manili, Pablo "El Orden Público y el derecho constitucional. LL ejemplar del 27/10/2020.

interés público. Siendo el resto de las sociedades anónimas "no sujetas a contralor de funcionamiento" y por lo tanto no incluidas en el control "dinámico".

La Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, en un todo de acuerdo con esta distinción legal y conforme surge claramente de la normativa de su creación (Dec. 8671/76 y Dec. Reglamentario 1493/82) tiene como función de "*Controlar en forma permanente a aquellas sometidas por disposiciones de leyes de fondo y controlar en los casos previstos por leyes de fondo a aquellas no sometidas a control permanente mientras subsistan las causas que lo originan*"[204]. En función de ello, la Disposición 45/2015 D.P.P.J. arts. 297 y sig. solo requiere documentación pre- y post asamblearia respecto de sociedades incluidas en el art. 299 de la L.G.S. y no respecto del resto de las sociedades por acciones, por considerar que no se encuentran sometidas a control de su funcionamiento.

En cambio, la Inspección General de Justicia en su Resolución General 07/2015, arts. 156 y siguientes, requiere de las sociedades por acciones no sujetas a fiscalización permanente[205] la presentación de Estados Contables y demás documentación durante todo su funcionamiento, incluyendo el pago de una tasa destinada a financiar no solo la prestación de servicios registrales sino el cumplimiento de funciones de control[206].

Esta competencia no surge de la ley 19.550. Entiende el organismo que surgiría del art. 3 de la Ley 22.315 que le encomienda a la IGJ la "fiscalización de las sociedades por acciones excepto la de las sometidas a la Comisión Nacional de Valores". Sin embargo, a poco de continuar con la lectura de esa norma en su art. 7, el cual determina específicamente esas funciones, se refiere solamente a: "*fiscalizar permanentemente el funcionamiento, disolución y liquidación en los supuestos de los artículos 299 y 301 de la Ley de*

204 Art. 3 Dec. 8671/76.
205 Incluso a las SAS mediante la Resol IGJ 9/2020 art. 5 que modifica la Resol. 7/2017
206 Sobre los amparos iniciados sobre la constitucionalidad del aumento de las alícuotas: Perciavalle, Marcelo PAS Errepar Marzo 2004 "La Corte Decretó la inconstitucionalidad de la tasa que percibe la Inspección General de Justicia" y Bianchi, Marcelo. PAS Errepar Marzo 2015 Tasas de la Inspección General de Justicia: desestiman mediante decisiones administrativas reclamos y recursos de reconsideración.

Sociedades Comerciales".

Además, el Decreto reglamentario de esta ley, el Dec. 1493/82 trae más confusión al respecto, ya que en su art. 16 segundo párrafo establece: "*Todas las sociedades por acciones*, asociaciones civiles y fundaciones *presentarán, dentro del plazo de quince días de celebradas sus asambleas la documentación que establezcan las resoluciones de la Inspección General de Justicia*" y en su art. 19 faculta a la I.G.J. a asistir a las asambleas de las sociedades por acciones cuando lo estime pertinente.

Esta indebida ampliación de fiscalización de funcionamiento a sociedades que no se encuentran sujetas al mismo, no responde a ni a la letra ni al espíritu de la ley 19.550, la cual claramente entiende que solo cuando exista en el caso concreto un "interés público" las sociedades anónimas estarán sujetas a esa fiscalización estatal permanente. Si existiera "interés público" en fiscalizar todas las sociedades anónimas no tendría sentido el art. 301 inc. 2 que requiere resolución fundada para esa ampliación.

Esta indebida ampliación tampoco encuentra sostén en la correcta interpretación de la ley 22.315, ya que la referencia en el art. 3 a todas las sociedades por acciones es a la fiscalización estatal limitada prevista en el art. 301 y concretamente su art. 7 menciona sujetas a fiscalización de funcionamiento a los supuestos del art. 299 y 301 LGS.

Tampoco esa ampliación de las facultades de fiscalización a las no sujetas a fiscalización permanente según términos de la L.G.S, guarda debida relación con los fundamentos de ese control, que es el mencionado en el art. 301 inc. 2: el resguardo del "interés público".

Resultaría inabarcable trazar un recorrido por las diversas opiniones de los autores relativa al concepto de "interés público", incluyendo la jurisprudencia que comprende precedentes de la Corte Suprema y Cámaras de Apelaciones, sin contar con las numerosas leyes que aluden a él[207].

207 Una pequeña muestra incluiría la ley de medios (26.522), la de radiodifusión (22.285), la ley de expropiación de una parte de las acciones de Repsol (26741) la ley de pasta celulosa y papel para diarios (26736), Ley del Ministerio Publico (24946) y otras muchas que

Básicamente algunos identifican el "interés público" con la noción de "orden público", o al "bienestar general", o una situación beneficiosa para toda la comunidad, conforme ciertos valores superiores que justifican la limitación y la restricción de derechos.

Cualquiera sea el significado que le demos a esta expresión, podemos decir que el interés público es un concepto jurídico-político que, aunque ciertamente indeterminado, resulta a la vez insoslayable, pues encarna la esencia misma de la actividad discrecional administrativa y sin esta resultaría de imposible realización la satisfacción de las crecientes y cambiantes necesidades del cuerpo social[208].

Sin perjuicio de ello no podemos olvidar que, "el orden público actúa como límite a la autonomía de la voluntad (orden público expreso) y como justificación del ejercicio del poder de policía del Estado (orden público implícito), en ambos casos para restringir derechos, por lo cual debe ser objeto de una interpretación restringida y *favor libertatis* o *pro homine*, es decir, dándole la menor extensión posible para garantizar la mayor amplitud posible a los derechos[209]", especialmente los derechos constitucionales de ejercer el comercio y asociarse con fines útiles (art. 14 CN).

Todo ello concluye a sostener que si no existe un interés público justificado (art. 301 LGS) no puede el organismo a cargo de la fiscalización estatal extender ese control injustificadamente a otras sociedades no incluidas para este control en la ley 19.550 o incluso la ley 22.315 que enmarca su competencia.

Y finalmente, vuelvo al juego de luces y sombras para descubrir los límites de este control sobre las sociedades sujetas a esta fiscalización estatal permanente.

Parece claro sostener que dentro de este control de funcionamiento compete al organismo, entre otras cuestiones, requerirle información, asistir a la asambleas que realicen, incluso la atribución de examinar los Estados Contables para que estos cumplan las exigencias de máximo rigor que establezca las reglamentaciones

contienen expresiones similares.
208 Silva Tamayo, Gustavo obra citada en nota 19.
209 Manili, Pablo, obra citada en nota 21.

VOLVER A ÍNDICE

contables pertinentes, con facultades para declarar irregulares e ineficaces los Estados Contables, la Memoria y demás documentación de sociedades incluidas en el art. 299 L.G.S.[210].

Por ello, algunas sombras de dudas se proyectan en las resoluciones particulares respecto de S.A.S. en las que IGJ, haciendo uso de sus facultades de investigación y de pedido de informes al Registro de Propiedad Inmueble, sin ningún requerimiento de parte interesada y con fundamento en: "Que esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA debe velar por la transparencia del tráfico mercantil procurando que el mismo no se desarrolle en condiciones lesivas del interés general, para el cual es esencial que los bienes se mantengan en cabeza de quienes sean sus verdaderos titulares y se eviten interposiciones ficticias de personas. Que configura abuso de la personalidad jurídica que esta sea un instrumento vacío de contenido como acontece si la sociedad exhibe finalidad extra societaria y no evidencia actividad en los términos caracterizantes de la figura societaria plasmados en el art. 1° de la ley 19.550. Que el régimen de la personalidad jurídica constituye materia de orden público, surgiendo de los artículos 2° y 54 de la ley 19.550 que reconocen la personalidad jurídica como medio el medio técnico para el fin lícito propuesto por los socios (ley 19.550, Exposición de Motivos, Sección 1, punto 2)" decide el inicio de acciones de inoponibilidad de la persona jurídica y simulación contra la sociedad y los apoderados intervinientes[211]. Sostiene este organismo que le corresponde el control del funcionamiento de las SAS: "atento las particulares características de dichas compañías, que se encuentran sometidas al control de este Organismo, habida cuenta de tratarse, las mismas, de una subespecie del género de "sociedades por acciones" las cuales, por expreso mandato de los artículos 3º y 7º de la denominada "Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia", deben ser objeto de especial fiscalización[212].

210 Resol. Particular IGJ N°137, 251 de Correo Argentino SA. se pueden consultar en página web de IGJ.
211 Resol. Particular IGJ N° 367 INVERSORA GTM SAS se puede consultar en pagina web de IGJ.
212 Resol. Particular IGJ N° 194 en la cual dispone en ejercicio de la función fiscalizadora la realización de investigaciones e inspecciones a más de 30 SAS

Sostenía con meridiana claridad Halperín: "La Inspección General de Personas Jurídicas es ajena a la fiscalización económico-financiera o de gestión de las sociedades anónimas sujetas a su vigilancia (a excepción de las sociedades que tengan por objeto la capitalización y las de ahorro y crédito recíproco que no sea para la vivienda); sus atribuciones se refieren a la regularidad de funcionamiento (con exclusión de los resultados económicos); poner límite al exceso de dimensión y de poder económico es ajeno a sus funciones y corresponde a otros órganos del Estado y a la planificación económica"[213].

Sin dudas, el objetivo de la IGJ de perseguir la comisión de fraudes y abusos resulta loable. Pero la pregunta es si se encuentra dentro de la competencia del organismo esa función preventiva de los mismos. Podríamos sostener válidamente que existe un interés público en que estas conductas antijurídicas no se realicen, pero considero que ese control siempre debe ser "ex post facto"[214] mediante el ejercicio de las acciones judiciales por parte de los legitimados en cada caso.

En contra Favier Dubois (h) sostiene a este respecto: "Tampoco la protección de los terceros puede ser suficientemente lograda ex post facto mediante el ejercicio de acciones judiciales, principalmente de desestimación de la personalidad jurídica y/o de simulación, además de acciones penales por fraude. Ello porque tales acciones son costosas y no son de fácil ni frecuente ejercicio ante la falta de información y pruebas suficientes. Además generalmente llegan tarde frente a la desaparición o insolvencia de los responsables o la configuración de daños irreparables en tiempo útil"[215].

Los problemas relativos a las acciones de responsabilidad societaria son ajenos a la competencia estatal analizada. Estas conductas antijurídicas ciertamente deben ser analizadas por los jueces y tal es así la IGJ resuelve iniciar las denuncias al poder judicial, quien

213 Halperín, Isaac, Otaegui, Julio, "Sociedades Anónimas". Ed. Depalma 2° ed. Pag. 897
214 La posibilidad contraria me recuerda a la película "Minority Report" o "Sentencia previa", donde Tom Cruise trata de demostrar su inocencia para un crimen que cometerá en el futuro.
215 Favier Dubois, Eduardo (H) "El modelo societario institucional en las nuevas resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación en " Sociedades ante la IGJ Director Daniel Vitolo Suplemento Especial La Ley abril 2005.

en definitiva determinará la existencia o no de actos contrarios a la ley, los estatutos o reglamentos y determinará la existencia de responsabilidades a quienes lo hicieron posible. Encuentra allí un claro límite de su competencia, ya que su Ley Orgánica expresamente establece en su art. 5, que es competencia judicial las resoluciones de las cuestiones que versen sobre derechos subjetivos de los socios de una sociedad comercial entre sí y con respecto a la sociedad.

CONCLUSIÓN

La intensidad de la fiscalización estatal de sociedades puede tener distintos matices según la concepción sobre los alcances del concepto de "interés público" para la intervención del Estado en las sociedades.

Dentro de los límites elásticos marcados por la razonabilidad, la arbitrariedad y la proporcionalidad, hay zonas de sombras que operan como fronteras al alcance del control externo administrativo, ya que la competencia del poder de policía debiera resultar de interpretación estricta, por operar como limitación de los derechos otorgados por la Constitución Nacional.

§ 2.9. Sociedades entre cónyuges

Por Dr. Osvaldo Pisani

Colegio de Abogados de San Isidro

PONENCIA

Con la reforma introducida por la ley 26.994 al art. 27 de la ley de sociedades 19.550, entendemos que la nueva permisión expresa a los cónyuges de integrar entre si todo tipo de sociedades (art. 27 L.19550) los habilita implícitamente también a contratar entre ellos cuestiones vinculadas a su condición de socios de la misma y en especial transmisiones de acciones y/o participaciones societarias que poseen en las mismas, no aplicándose en este caso la prohibición de contratar entre cónyuges prevista por el art. 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación.

ANTECEDENTES DE LA PONENCIA

El texto anterior -ahora modificado- del art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 decía:

ARTICULO 27- Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo.

El texto actual, textualmente dice:

Art. 27 de la Ley General de Sociedades

“Sociedad entre cónyuges.

Artículo 27- Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV”.

A su vez, el Código Civil y Comercial al regular los contratos especialmente determina:

ARTÍCULO 1002- Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio:

a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados;

b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido;

c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido;

d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.

e) Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo. -sic art. 1002 CCyCN.

Del artículo transcripto surge que los cónyuges bajo el régimen de comunidad: estarían impedidos de celebrar contratos entre sí.

Recordamos también que el régimen de comunidad de bienes es el régimen supletorio y por ello de aplicación en caso de no optar los cónyuges por el de separación de bienes (conf. art. 463 CCyC); supuesto este en el que no existe impedimento para que los integrantes de la unión matrimonial celebren contratos entre sí.

PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Si bien con la sanción del Código Civil y Comercial una parte de la doctrina sostuvo que la nueva redacción del art. 27 L.G.S., solo se aplicaría a los cónyuges que hubieran pactado la “división de patrimonios” la postura doctrinaria mayoritaria (a la cual adherimos) sostuvo que la clara y contundente redacción del mencionado art. 27 -LGS- en una ley especial es suficiente para aplicarlo en todos los casos en la integración de sociedades y por consiguiente también a quienes integren un régimen de comunidad.

Pero el problema que no se resolvió y continua es el determinar con relación a sus participaciones societarias -de todo tipo, incluyendo acciones- si los cónyuges las pueden transferir entre ellos a través de contratos de cesión o si en estos casos se les aplica la prohibición del 1002 inc. b del CCyC.

Nos apuramos a sostener previo al tratamiento de los fundamentos que seguidamente desarrollamos, Que entendemos que los esposos pueden transmitirse entre ellos por cesion -gratuita u onerosa- las participaciones que tengan en sociedades donde ambos son socios, tal como lo fundamos seguidamente.

FUNDAMENTOS DE LA PONENCIA

El art. 27 LGS, se modificó substancialmente, permitiendo en su nueva redacción la más amplia libertad a los cónyuges para integrar desde su inicio o con posterioridad por adquisición de participaciones sociedades sean solos entre si o con otras personas de cualesquiera de los tipos regulados en la ley, incluyéndose expresamente las nuevas sociedades “informales”, “simples”- “irregulares” o “atípicas” (1) de la sección IV- Arts. 21 a 26 L.G.S, ello con total independencia del régimen de comunidad matrimonial por el que opten-

Con ello se derogo la limitación del régimen anterior, de que los cónyuges entre sí solos podían integrar sociedades que limitaban su responsabilidad, es decir de responsabilidad limitada, anónima y comandita por acciones, estas últimas en la medida que los dos no hubiesen sido comanditados.

Esta modificación se ajustó a la transcendente reforma que en materia de “régimen de comunidad matrimonial” incorporo el nuevo Código Civil y Comercial en su Título II- Libro Segundo, el cual permite a los cónyuges optar por el régimen de comunidad de bienes (similar al utilizado antes de la reforma -arts.463 y stes del Cód. Civil y Ccial- o de separación de bienes, -arts. 446 y stes del Cód. Civil y Ccial- aplicándose supletoriamente el primero de los indicados en caso que los cónyuges nada pacten. -Art 463 del Cód. Civil y Ccial.-.

Asentimiento conyugal: En cuanto a la participación de los cónyuges en las sociedades, se destaca que para la transferencia de las participaciones societarias, sean estas partes de interés o representadas por acciones en todos los casos se requiere el asentimiento conyugal en los términos del art. 470 inc. c y b respectivamente del nuevo Código Civil y Comercial. El mismo asentimiento se requiere para la promesa de transmisión. -art 470 in fine-.

En los fundamentos de esta reforma se sostuvo, que el nuevo artículo 27 de la LGS responde a "los criterios más modernos" del régimen patrimonial matrimonial y al concepto moderno de sociedad conyugal, tal como se menciona en el mensaje de elevación que los autores del anteproyecto acompañaron al mismo en su modificación- Es decir que si los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen, también podrán optar por formar sociedades de cualquier tipo.

Ya no hay un régimen legal imperativo e inmutable. El régimen de comunidad de bienes pasa a ser un régimen supletorio (art. 463 del Cód, C Y Ccial). En los fundamentos encontramos la explicación de esta supletoriedad, ya que la comunidad de bienes es "el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; (es) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado y (es) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias argentinas, en este momento"- Vale la última aclaración, "en este momento", recordando que el derecho va cambiando para poder adaptarse a las nuevas realidades socioeconómicas-

Tal vez uno de los fundamentos implícitos más importantes sea que si los socios pueden integrar entre si todo tipo societario y a su vez pactar un régimen de comunidad, sea de separación o de comunidad y a su elección y que ese régimen lo pueden modificar anualmente, con más razón pueden acordar y variar sus participaciones en sociedades que ambos integran. La premisa jurídica de que quien puede lo más puede lo menos fundamentaría esta postura.

Otro de los argumentos contundentes, es la nueva redacción del artículo 27 en la cual se elimina la segunda parte del mismo que

estaba en la redacción anterior, en la parte que textualmente decía; “Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo”. La eliminación del imperativo anterior que impedía transferírselas al cónyuge al establecer que: las tenía que vender a otro socio o a un tercero, permite interpretar válidamente que con la redacción actual si se puede.

Que por los fundamentos indicados, sostenemos el postulado de esta ponencia planteado al inicio de la misma.

§ 2.10. Socios paritarios con intereses opuestos. Inviabilidad de la acción preventiva del art. 1711 del Cód. Civil y Comercial

Por Dr. Marcelo Ubaldo Spanghero

Colegio de Abogados de Morón

La existencia de sociedades que cuentan con dos socios con idéntica tenencia accionaria es más habitual de lo que podría pensarse. Ya sea derivadas de sucesiones del padre fundador hacia sus dos descendientes, nacidas de uniones empresarias como el *joint venture*, creadas por cónyuges o, simplemente, por sujetos que entienden que sería justo de crear una sociedad en la cual ambos socios que aportan el cincuenta por ciento, tengan idéntica representación.

Los abogados sabemos que, al ser consultados por conflictos societarios, tenemos un largo y complejo proceso judicial por delante más, si nos comentan que el problema es que son dos socios, y cada uno posee el cincuenta por ciento de las acciones, la primera pregunta que nos surge (fruto de nuestra sorpresa) es ¿por qué?

Lo cierto es que no importa el porqué; de lo que se trata, y los abogados como operadores del derecho debemos tener en cuenta, es de intentar alguna salida que no implique un litigio eterno o, acompañar a la sociedad hasta su disolución.

El tema no es nuevo en este ámbito. Uno de los anfitriones de esta casa, trató el tema en mayo del 2004[216] con referencia a las Sociedades de Responsabilidad Limitada y luego, en agosto del mismo año el tema fue retomado por otro colega, pero centrándose en el supuesto de las asambleas de las Sociedades Anónimas[217].

216 SANTI, Bruno O. – CAPDEVILA, Gustavo, ponencia "La S.R.L. de dos socios con participación cada uno del 50 % desde su origen está comprendida en causal de disolución", Ponencia Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires" – Lomas de Zamora–mayo de 2004, Libro de Ponencias, pág.: 71.
217 MARSALA, Eduardo Aníbal, ponencia "Asambleas con voto empatado" IX Congreso Argentino de Derecho Societario – V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, agosto de 2004–Libro de Ponencias, pág.: 399.

Lo cierto es que el tema de la falta de previsión legal al respecto, en la Ley de Sociedades Comerciales, ya había resaltado por varios autores.

Así, Verón[218] hacía referencia al *"voto dirimente o de desempate"* otorgado al presidente de la asamblea, comentando que se pronunciaba por la inadmisibilidad y agregando que "*esta situación se da con alguna frecuencia y su reiteración bloquea de hecho el funcionamiento de la asamblea, pudiendo llevar a la sociedad a su disolución por imposibilidad manifiesta de conseguir el objetivo perseguido"*.

Por su lado, entiende que vía una futura modificación de la ley se podría autorizar la previsión estatutaria de autorizar el voto dirimente al presidente de la asamblea, aclarando que debería usarse esa facultad con moderación, sin perjuicio de proponer dicha decisión por sorteo o a cargo de un tercero.

Respecto del mismo punto Farina[219] indica que, al concluirse la votación, el presidente de la asamblea debe informar sobre el resultado y que el empate, implica rechazo del punto tratado *"salvo que el estatuto reconozca al presidente voto de desempate"*.

A su turno, Fabier Dubois (*p*) *et al*[220] ensayan diversas propuestas de carácter preventivo, sin olvidar la posibilidad de una reforma legislativa.

Más cercano en el tiempo, Scneider[221] centra el tema del conflictoen el *"poder"* que uno ejerce sobre el otro, perjudicándolo.

Como había anticipado, el tema no es nuevo, nuestros tribunales se expidieron al respecto resaltando que se podía intervenir en casos excepcionales *"caso de que exista entre los socios divergencias*

218 VERÓN, Alberto Víctor – "Sociedades Comerciales – Ley 19550 y modificatorias – Comentada, Anotada y Concordada" Tomo 3 – Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986 pág. 814 y sgtes.
219 FARINA Juan M. "Compendio de Sociedades Comerciales" Zeus Editora, Rosario 1989, pág. 635.
220 FAVIER DUBOIS, Eduardo M. *(p.) et al*. "Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos de prevención" Ponencia en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario – VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, septiembre de 2013-Libro de Ponencias, pág.: 425.
221 SCNEIDER, Lorena R. "El control societario y los abusos de mayoría, minoría y de socios en posición equivalente" Diario LA LEY, 3 de febrero de 2017. Cita: AR/DOC/214/2017.

de magnitud tal que se afecte la voluntad societaria y configure un riesgo para la vida de ella"[222] (CNCom. Sala D, 23.5.77, "Costa Manuel c/ Micos SRL"; íd. 27.12.78, LL 1979-B-383).

Queda claro que, la doctrina fue evolucionando y proponiendo soluciones al problema, pasando de la necesidad imperiosa de una modificación legislativa, a la búsqueda de soluciones para societarias.

Lo que surge evidente y claro, es que la solución debe venir de la mano de una actuación preventiva. El artículo 1711 del Cód. Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) se torna inviable, puesto que requiere un acto ilícito, que pueda ser prevenido.

Ello no quiere decir que no pueda actuarse preventivamente. Tal vez esté en la posibilidad de proponer *ab initio*, en el momento de la redacción del estatuto, una previsión al respecto o, llegado el conflicto, proponer una modificación del estatuto que permita continuar con la vida de la sociedad, lo cual no quiere decir que los socios a futuro, se pongan de acuerdo pero, reconociendo la disidencia, permitirá acercar una herramienta para superar los casos de bloqueo decisorio reiterado, y puedan echar mano a un solución que, ni perjudique ni beneficie solo a uno sino que, permita la continuación de la vida de la sociedad.

Hay que tener presente que oponerse a un punto del orden del día, con una tenencia accionaria del cincuenta por ciento no implica, necesariamente, un ejercicio abusivo de un derecho, o un ilícito; ya que cualquiera de los socios -o ambos- pueden estar defendiendo sus intereses legítimos, aunque con visiones opuestas. No hay mayoría, ni minoría y, como se dijo, el punto se rechaza.

Por otro lado, ¿Cuál es el socio que al expresar su voluntad opuesta obstruye el desenvolvimiento de la vida societaria? Ambos sentirán -seguramente- que la acción del otro (exteriorizada como acto voluntario) es susceptible de atacarse impugnándolo pero el otro socio puede pensar exactamente lo mismo y por último: ¿Podría obligarse a un socio a que vote algo que no quiere? Entiendo que no. Pero reitero, ambos están en igualdad de condiciones.

222 CNCom. Sala D, 23.5.77, "Costa Manuel c/Micos SRL"; íd. 27.12.78, LL 1979-B-383.

Algunos autores[223] proponen que el voto dirimente esté en manos del presidente de la asamblea, pero lo que ocurre con mayor frecuencia en estos casos, es que uno de los socios es, además, presidente del directorio con lo cual, será a la vez presidente de la asamblea.

Si sumamos que el Artículo 242 de la LGS, indica que la presidencia de la asamblea estará a cargo del presidente del Directorio, en situaciones como la presente, queda claro que se le está otorgando un poder absoluto a uno de los dos socios en desmedro del otro y -como suele ocurrir- cuando se tiene un poder, se ejerce.

A ello debe agregarse que el Artículo 257 de la LGS indica que, no obstante, el límite temporal de ejercicio del cargo de director, el director permanecerá en su cargo hasta ser reemplazado y por tal razón, el desnivel se cristaliza.

Solo por ello no me inclino a que sea una solución útil para las asambleas con votos empatados, el voto dirimente de su presidente.

Ahora bien, si es común leer en distintos estatutos de sociedades anónimas, una solución para los casos de empate en la votación de las reuniones de directorio (por ej. *"en caso de empate el presidente desempatará y votará nuevamente o; desempatará votando por segunda vez", etc.)* ¿Por qué no se prevé una solución para un hipotético empate en la votación de las asambleas?

La ley no lo prevé, y no está mal que deje a los socios la libertad de redacción de su texto estatutario.

Por ello creo que la solución, no pasará por la impugnación judicial de la decisión del socio opuesto; sino por la previsión estatutaria, o la modificación del estatuto cuando ya exista el conflicto.

Desde prever la constitución de un fideicomiso societario de desempate[224] en el cual cada socio aporte un uno por ciento de su tenencia accionaria, debiendo el fiduciario votar acompañando las votaciones de ambos socios cuando exista acuerdo, y votar desempatando cuando exista una disidencia reiterada que impida la

223 VERÓN, Alberto Víctor -op cit.
224 PAOLANTONIO, Martín Esteban, "Fideicomiso sobre acciones" en FAVIER DUBOIS (h), E. M. (Director), "Negocios Parasocietarios", ed. Ad Hoc, Bs. As. 1999, 2ª ed., pág. 282.

continuidad de la vida de la sociedad (ej. Aprobación de balances, renovación o cambio de administradores, etc.). En tal sentido, se propone establecer una determinada cantidad de votaciones empatadas para que se active la solución preventiva que permita la continuidad de la vida de la sociedad.

A falta de previsión estatutaria, la acción deberá dirigirse a la designación de un tercero que desempate, o la modificación del estatuto a tal fin.

§ 2.11. La prohibición de despedir trabajadores ante la disolución y liquidación de la sociedad

Por Dr. Daniel Balonas

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Ante la disolución y comienzo del proceso liquidatario de la sociedad, la prohibición de despedir trabajadores derivada del DNU 329/2020 y modificatorios se vuelve inconstitucional y no puede aplicarse.

1. Ya justificamos en otras ponencias presentadas a este mismo Encuentro, que la Pandemia y las consiguientes normas dictadas en nuestro país han de ser calificadas como un caso fortuito o de fuerza mayor, que justifican soluciones tanto contractuales como judiciales o legislativas excepcionales.

2. En ese marco el 31/3/2020, el Poder Ejecutivo Nacional dicto el DNU 329/2020 que, esencialmente, prohibió por sesenta (60) días corridos los despidos incausados o fundados en causas de falta o disminución del trabajo.

Entre los fundamentos de tal decreto se citó, además de la consabida situación de emergencia, la recomendación de la OIT del 23/3/2020 en cuanto a "*que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados*".

Se agrega en los considerandos de dicho DNU que "*resulta indis-*

pensable garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales, que no serán más que una forma de agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar".

Es decir que, claramente, el bien jurídico tutelado por tal norma de emergencia fueron los puestos de trabajo.

Anticipamos que compartimos la preocupación de la norma e incluso la decisión de emitirla en la situación en que fue dictada. En la emergencia es responsabilidad del Estado procurar que no se destruyan puestos de trabajo, sino incentivar su conservación, aun pagando parte de los salarios como se ha hecho[225].

El puesto de trabajo es probablemente el bien más preciado en la actualidad. Y no me refiero exclusivamente a la emergencia actual sino al proceso de destrucción de empleos que se viene verificando a nivel mundial en los últimos treinta años, y que ha llevado a países como Francia a reducir la jornada laboral como modo de paliar tal efecto.

3. La vigencia del referido decreto vencía el 30/5/2020.

Sin embargo el 18/5/2020 se dictó el DNU 487/2020 que, con idénticos fundamentos que el 329/2020 prorroga su vigencia por otros sesenta días, o sea hasta el 29/7/2020.

Luego el 28/7/2020 se dicta el DNU 624/2020 que vuelve a prorrogar la medida, con iguales fundamentos, por otros sesenta días, o sea hasta el 26/9/2020. Aunque a diferencia de las normas anteriores se aclara que esta prohibición no se aplica a las contrataciones posteriores al 29/7/2020.

Finalmente, el 24/9/2020 se dicta un nuevo DNU, el 761/2020, que vuelve a prorrogar, por otros sesenta (60) días la prohibición,

225 Podríamos discutir el alcance de la ayuda estatal, que evidentemente ha resultado insuficiente. Pero ello nos apartaría del objeto de este trabajo.

o sea hasta el 25/11/2020. Es de esperar que antes de esa fecha se vuelva a prorrogar.

4. En nuestro país no es novedosa la limitación a despedir trabajadores en situaciones de crisis. Sin embargo, lo que si es novedoso es el método.

En efecto, había sido habitual el desaliento a través del agravamiento de indemnizaciones. Y de hecho ello ya estaba vigente en marzo de este año por la duplicación de indemnizaciones a partir de la emergencia decretada por ley en diciembre de 2019. Lo novedoso es que, en esta oportunidad, al margen del agravamiento de indemnizaciones, se dispuso que cualquier comunicación de despido carecerá de todo efecto, con lo que la prohibición aparece absoluta.

Más allá que podría discutirse el mecanismo, ante la grave limitación a la autonomía de la voluntad, y la imposición de conservar una relación laboral durante meses, lo cierto es que la situación también es extraordinaria, y la preservación de los puestos de trabajo podría justificar la medida.

5. Pero el problema que nos proponemos abordar es el que se da cuando el puesto de trabajo que se procura conservar ya no existe. No cuando transitoriamente está suspendido, sino cuando no existe ni volverá a existir.

Sabemos que muchas empresas no han soportado los meses de prohibición de comerciar y cerraron. Recordemos que ya veníamos en una situación de emergencia declarada por Ley 27541, en la que no pocas empresas no tenían capacidad para soportar, luego, varios meses sin ingresos.

Con solo observar las calles vemos numerosos locales vacíos, y otros en los que se han abierto nuevos comercios, evidenciando que los anteriores no volverán a abrir sus puertas. Lo mismo ha pasado en sectores productivos.

Las empresas sin ingresos en muchos casos no han podido pagar alquileres, gastos fijos e impuestos.

La propuesta normativa, a través de las suspensiones de ejecuciones, ha sido que las empresas se endeuden y no desaparezcan. Y ello es razonable.

Pero también lo es la decisión de muchos empresarios que, al advertir que la prolongación del ASPO incrementaba esos pasivos a niveles que luego no tendrían forma de afrontar, eligieron restituir inmuebles -para no generar más alquileres- y dejar de generar deudas que luego no podrían pagar.

6. En esos casos, cuando nos referimos a sociedades, han entrado en liquidación, no por la vía del art. 94.5 de la LGS, que se encuentra suspendido por la referida Ley de Emergencia 27541, sino por la del 94.4 (imposibilidad de cumplir el objeto) o incluso por la del art. 94.1., la voluntad de sus socios, la que no está vedada por norma alguna.

Si la sociedad se disolvió, y comenzó su proceso liquidatorio, y a su vez de las circunstancias se deriva que la actividad social no podrá reiniciarse cuando cesen las restricciones, es claro que ya no existen puestos de trabajo por conservar.

En este caso, la excepcionalidad del DNU 329/2020 y sus sucesivas prórrogas, pierde fundamento, ya que, si las normas se sostienen en la necesidad de proteger puestos de trabajo, resultan inaplicables en un escenario en que ya no existen puestos de trabajo que tutelar.

En ese supuesto, la norma se convierte en una imposición de continuar pagando un salario y sus cargas sociales a modo asistencialista, ya que el puesto de trabajo y el empresario han desaparecido. Y si se trata de mero asistencialismo es claro que ello compete al Estado y no al empresario que, además, ha perdido su empresa.

Máxime cuando la conservación de relaciones laborales -en realidad vacías de todo contenido más que el pago del salario- importa mantener inscripciones fiscales que derivan en costos impositivos e impiden comenzar el proceso de liquidación y cancelación de todas las inscripciones.

7. A consecuencia de lo anterior sostenemos que, cuando las sociedades se han disuelto y comenzado su etapa liquidatoria, y, además, se encuentran inactivas, no existen puestos de trabajo que tutelar.

En esa situación, la prohibición de despedir a los trabajadores aparece carente de fundamento y por lo tanto de la razonabilidad de que depende la constitucionalidad de toda norma.

Por ello, en esos supuestos, el DNU 329/2020 y sus prórrogas resultan ser inconstitucionales y no deberían aplicarse.

§ 2.12. El COVID y la gestión de cumplimiento

Por Dr. Germán A Pizzano

Colegio de Abogados de Quilmes

PONENCIA

El COVID 19 constituye un nuevo riesgo epidemiológico con repercusión social con consecuencias jurídicas que debe ser evaluado por la Gestión de Cumplimiento, en resguardo patrimonial y reputacional de la Organización.

1. Introducción

La Gestión de Cumplimiento (*Compliance Managment*), como modalidad de gestión de organizaciones tiene por finalidad histórica la detección de riesgos y la actividad de prevención de la actividad ilícita corporativa en relación a los protocolos anti-soborno, es decir la prevención de la comisión de delitos relacionados con la corrupción en su aspecto financiero y contractual.

Sin disminuir la importancia de esta misión fundamental, desde la implementación por parte de las organizaciones de los Programas de Compliance, resultó necesario detectar y evaluar a través de diversas matrices de análisis de riesgos, otras conductas y problemáticas sociales que pueden crear las condiciones para la consumación de delitos en el ámbito de la organización, es decir en la sede del establecimiento productivo de una empresa o en la sede social; o riesgos por el ejercicio propio de la actividad económica de una empresa.

Insisto que habitualmente relacionamos el *Compliance* con el resguardo patrimonial y por ende con la prevención de hechos vinculados con la corrupción en función de las relaciones jurídicas de una empresa con el Estado, o en función de la actividad financiera, pero también con la prevención de cualquier maniobra ilícita vinculada con la operatoria de la empresa, como la administración

fraudulenta, estafas, falsificaciones, e ilícitos vinculados al fuero penal económico.

Pero también la *Gestión de Compliance* debe monitorear el Cumplimento de normas y protocolos para el cuidado del medio ambiente y el impacto ambiental.

Finalmente la evaluación de las problemáticas sociales que impactan en los RRHH de la organización pueden tener consecuencias de ocurrencia de ilícitos, como por ejemplo adicciones a drogas o alcohol pueden comprometer la seguridad del resto del personal y generar una situación de peligrosidad hacia terceros, por ejemplo: pilotos, maquinistas, choferes, etc. También en la gestión de cumplimiento de los RRHH, se debe prever el riesgo y su protocolo de gestión de conflicto, para asuntos sindicales o de conflictividad gremial, que en la escalada de un conflicto pueden producirse ilícitos como sabotajes, daños, lesiones, etc.

Establecida entonces esta competencia ampliada de la Gestión de Cumplimiento, abordamos el análisis de los riesgos que le ha presentado la pandemia del Covid 19.

2. La normativa de Emergencia

La pandemia declarada por la OMS, tuvo consecuencias en todo el mundo y en nuestro país se dictó la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Publica 27.541, y en su art. 1º de declaró la Emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social; consecuentemente el PEN dictó los DNU 260/2020, 297/2020 y decretos consecuentes que prorrogaron la vigencia del ASPO, hasta el 792/2020 que lo prorroga hasta el 25 de Octubre de 2020 y sucesivamente…

3. El ASPO, y la cultura de cumplimiento

La repercusión social de la pandemia tuvo un impacto diverso en diferentes países del mundo, con restricción de derechos y libertades individuales, que van desde el distanciamiento, el aisla-

miento, estado de alarma y como máximo el toque de queda en algunos países europeos con el objetivo de restringir actividades y desplazamientos. Estas restricciones, tuvieron un impacto económico recesivo en todas las economías del mundo, pero con diversa intensidad.

Observar el comportamiento social de las diferentes poblaciones respecto de la pandemia, resulta de particular interés para observar el fenómeno social desde una perspectiva de Compliance, por cuanto uno de los objetivos del Compliance es generar una cultura de cumplimiento organizacional con repercusión social.

Es interesante reflexionar como otras culturas disciplinadas, poblaciones históricamente respetuosas de las leyes, de las normas han dado una respuesta epidemiológica adecuada e indiscutiblemente exitosa a la pandemia: Nueva Zelanda, China –inclusive en Wu Han ya recuperaron la normalidad- Corea, Finlandia, Uruguay, entre otros.

En contraposición, nuestra argentinidad rebelde, contestataria, con simpatía por la picardía y la exacerbación del individualismo por sobre la salud pública y el interés social. Así durante la pandemia, además de planificadas violaciones al ASPO con motivaciones políticas que tal vez se legitimen por la alegación del ejercicio de un derecho constitucional, también pudimos observar reiterados actos de irresponsabilidad mediante desplazamientos, la organización de fiestas, eventos, y distintas actividades recreativas, mientras médicos y personal de salud arriesgan sus vidas y por momentos se acercaron a situaciones de fatiga y hasta de colapso.

Tal vez, la anomia explique el crecimiento exponencial de los contagios. En definitiva: la cultura de cumplimiento normativo de las poblaciones, tiene una consecuencia directa con su bienestar.

4. El Aislamiento y sus consecuencias sobre la personas jurídicas

La pandemia y sus consecuencias instalaron un escenario de incertidumbre para las empresas y organizaciones, las cuales deberán responder, recuperarse y prosperar en el contexto de la nueva normalidad (Strategy in the age of COVID-19, Future confident,

https://www2.deloitte.com/global/en/covid-19/strategy.html).

La pandemia y por ende el Aislamiento vigente tuvo dos repercusiones riesgosas sobre las personas jurídicas: una institucional y otra, por la propia actividad económica de las sociedades comerciales.

Aspecto institucional

El ASPO repercutió en la vida y funcionamiento institucional de las personas jurídicas de derecho público y privado, suspendiendo procesos eleccionarios, la celebración de asambleas y designación de autoridades, etc.

Si bien la IGJ se puso a la vanguardia de la incorporación de plataformas para la celebración de las asambleas, muchas personas jurídicas no tienen la posibilidad de dar cumplimiento con el inciso: a del art. 158 del CCCN es decir: "si todos los que deben participar del acto lo consienten".

El problema radica en las personas jurídicas que no se encuentran alcanzadas por las Resoluciones Generales IGJ 7/2015 –la resolución pionera- y la actual Resolución 11/2020 (https://blog.errepar.com/normativa-igj-reuniones/), refiriéndome a las personas jurídicas radicadas en la Provincia de Buenos Aires u otras jurisdicciones que no cuentan con estas novedosas actualizaciones normativas.

¿Pueden realizarse las asambleas de personas jurídicas de Derecho Público o Privado en fragante incumplimiento al ASPO? ¿Y si las asambleas se realizan en el contexto de conflictividad entre sus miembros, puede haber consecuencias consumada la violación al Aislamiento?

Debemos considerar que esta situación implica no solamente a sociedades comerciales sino también a personas jurídicas de Derecho Civil pero de gran importancia económica, lo cual muchas veces genera interés por parte de los miembros en detentar las administraciones de las mismas, como asociaciones deportivas profesionales, consorcios de copropietarios, fundaciones, ONGs, etc.

Puede realizarse una Asamblea presencial, violando el ASPO y generando un riesgo de propagación una epidemia, configurando el

delito del art. 205 del Código Penal. Sin duda, forzar la realización de Asambleas presenciales violando el ASPO cuando los cargos fueron prorrogados, puede tener consecuencias disvaliosas para la entidad y para sus miembros. Más grave aún, si posteriormente se probase que la reunión social fue epicentro de contagios.

De lo expuesto surge que la propia vida institucional de la organización genera un **riesgo** potencial de violación al ASPO y por ende de ilicitud que debe ser detectado, evaluado y prevenido por parte de la gestión de Compliance.

La actividad económica

La propia actividad económica de una empresa, puede constituir un vector de contagio y propagación de una enfermedad infecciosa. Esto constituye un riesgo que necesariamente debe ser evaluado, por sus consecuencias patrimoniales: por responsabilidad civil y por daño reputacional.

Por ejemplo el caso de empresas de logística y transporte de cargas / personas, cuyas dotaciones –de no desempeñarse con protocolos- podrían generar contagios a terceros, inclusive transportando la enfermedad a pueblos o ciudades libres de la infección.

Empresas de mano de obra intensiva de grandes concentraciones de personal, cuyas líneas de producción se realiza en espacios cerrados, sin ventilación adecuada, ni distanciamiento necesario, constituye una actividad productiva riesgosa, no solamente para el personal, sino para todos los terceros que dicho personal podría eventualmente contagiar, ergo, la actividad productiva devino en una actividad riesgosa. En este contexto, Compliance deberá monitorear la gestión de Seguridad e Higiene, para la correcta implementación de los protocolos de bioseguridad, su efectiva comunicación y difusión. Si la empresa manufacturera, incluye en su proceso productivo a los proveedores desde una concepción toyotista, es decir estrechamente vinculados e interactuando en el proceso productivo con la propia dotación de personal, en este caso, los protocolos de bioseguridad deberán incluir a todo el personal de la cadena de valor sin importar la pertenencia a un determinado empleador.

En términos de Gestión y Administración, estamos ante un problema mal estructurado, es decir un problema novedoso, que no había ocurrido antes en la organización y no se cuenta con un algoritmo de respuesta inmediata. La solución del problema mal estructurado implicará la búsqueda de información, costos, presupuestos y transitar un proceso de toma de decisiones, que culminará con la implementación de la decisión tomada y su posterior evaluación a la luz de sus resultados. Convirtiéndose así, dicho problema, en estructurado.

Conclusión

Los riesgos mencionados precedentemente, deben ser detectados evaluados y minimizados en su probabilidad de ocurrencia por la Gestión de Compliance, además de diseñar un protocolo de respuesta ante el supuesto que el siniestro infeccioso igualmente acontezca, en resguardo del patrimonio económico y reputacional de la organización.

Finalmente, toda esta actividad novedosa en la Gestión de Compliance, deberá plasmarse en modificaciones y actualizaciones del Programa de Integridad que detenten las empresas determinadas por la Ley 27.401 y aquellas que voluntariamente lo han incorporado desde la entrada en vigencia de la LRPE.

Colegio de Abogados
Departamento Judicial de Azul

CONCURSOS Y QUIEBRAS

Capítulo III

SIERRAS DE AZUL

CAPÍTULO III

CONCURSOS Y QUIEBRAS

§ 3.1. El tratamiento del IVA en la liquidación judicial de bienes de un fideicomiso.

Por C.P. María Cristina Osso

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

1. SUMARIO

El tratamiento del Impuesto al Valor Agregado en una Liquidación Judicial de Bienes de un Fideicomiso contiene diferentes connotaciones que deben ser tenidas en cuenta al momento de gravar la misma y el rol de la sindicatura adquiere una vital importancia.

En el caso de ventas judiciales por subasta pública, la transferencia se considerará efectuada en el momento en que quede firme el auto de aprobación del remate.

Para establecer la tasa que grava dicha operación se debe determinar en un primer momento el porcentual del terreno que está exento del IVA y por otra parte la edificación que se encuentra gravada pero debiendo tener en cuenta el destino que se le dará a la misma, ya que para el caso de viviendas se aplicará la tasa diferenciada reducida del 10.5% y para otros tipos de construcciones se aplicará la tasa general del 21%.

2. MARCO NORMATIVO

El Art. 1687 del CCCN, dispone que ante la insuficiencia de los

bienes fideicomitidos, no da lugar a la declaración de su quiebra. La falta de recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, le confiere al juez amplias facultades para proceder a la liquidación judicial, aprovechando los mecanismos que le infiere la Ley de Concursos y Quiebras, ante la situación de indefensión de las partes, manteniendo la liquidación del patrimonio de afectación ajeno al fiduciario que pudo haber sido responsable en su gestión del estado de situación de insuficiencia.

El contrato de fideicomiso confirió al fiduciario facultades y atribuciones que fueran necesarios para la protección y exigibilidad de sus derechos bajo las normas de ese contrato, así también como la conservación de los bienes fideicomitidos y la protección de los intereses de los beneficiarios-adherentes, reemplazándolo por un proceso judicial, a cargo de un juez que dirimirá quien se hará cargo de la liquidación, ante la situación de indefensión de las partes, manteniendo así el patrimonio de afectación ajeno al fiduciario, que pudo haber sido el responsable en su gestión de ese estado de situación de insuficiencia.

El Art. 109 de la LCQ otorga al síndico la administración de los bienes del Fideicomiso y participa de la disposición de todas las medidas fijadas en dicho ordenamiento legal. Es por ello que debe velar y realizar las gestiones necesarias para optimizar los recursos de la masa activa a los efectos de potenciar el acervo a distribuir entre los acreedores, como es el caso del tratamiento a dispensar en el Impuesto al Valor Agregado en oportunidad de la subasta en una Liquidación Judicial de Bienes de un Fideicomiso.

El tratamiento del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en la actividad de la construcción y posterior venta de inmuebles ha sido uno de los más complejos por sus distintas connotaciones originando un sinfín de resoluciones, dictámenes e instrucciones, por parte de la AFIP.

La Ley de IVA en su Art. 3 sostiene que: "*se encuentran alcanzadas por el impuesto de esta ley las obras, las locaciones y las prestaciones de servicios que se indican a continuación: a)…Los trabajos realizados directamente o a través de terceros sobre inmueble ajeno, entendiéndose como tales las construcciones de*

cualquier naturaleza, las instalaciones —civiles, comerciales e industriales—, las reparaciones y los trabajos de mantenimiento y conservación. b) Las obras efectuadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio".

El Decreto Reglamentario[226] aclara en su Art.4 que en relación a las Obras efectuadas sobre inmueble propio-, "A los efectos de lo dispuesto por el inciso b), del artículo 3º de la ley, se entenderá por obras a aquellas mejoras (construcciones, ampliaciones, instalaciones) que, de acuerdo con los códigos de edificación o disposiciones semejantes, se encuentren sujetas a denuncia, autorización o aprobación por autoridad competente…".

3. El tratamiento de la tasa de IVA a aplicar en un Fideicomiso Inmobiliario en el proceso de Liquidación Judicial de Bienes según la normativa vigente

A los efectos de determinar el monto de IVA se debe tener en cuenta:

3.1. Nacimiento del hecho imponible

El nacimiento del hecho imponible está definido de manera clara por la ley de IVA en su Art 5º "*El hecho imponible se perfecciona: … e)…Cuando se trate de ventas judiciales por subasta pública, la transferencia se considerará efectuada en el momento en que quede firme el auto de aprobación del remate*".

3.2. Tasa de impuesto

Es importante establecer que todo emprendimiento inmobiliario consta de un terreno y una edificación, los que tienen distintos tratamientos impositivos.

226 Decreto Reglamentario 692/1998 (P.E.N.) 11-jun-1998 – BO 17-06-1998 Nº 28918 Pág. 3.

3.2.1. Terreno

El terreno está exento de IVA, más no así la construcción existente en el mismo. El fisco en este sentido en "*Fideicomiso Oil Trust s/ liquidación judicial - Incidente de venta*"[227], informó en autos que la transferencia de la propiedad del terreno no se encuentra alcanzada, por no estar comprendida dentro del objeto del impuesto de la Ley de Impuesto al Valor Agregado en su Art. 1.

Por lo expuesto ante una subasta, es importante determinar cuál es el porcentaje del valor de venta del Inmueble que se considera afectado al terreno, por lo cual, además de la sindicatura puede ser conveniente recurrir a la estimación de profesionales idóneos como los martilleros públicos designados en el proceso judicial, para que puedan establecer el valor porcentual asignado al terreno[228].

3.2.2. Edificación

Respecto a la parte construida, el Art. 28 de la ley de IVA prevé en una primera instancia que la alícuota general del impuesto será del veintiuno por ciento (21%), para luego establecer las situaciones que estarán alcanzadas a una tasa equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la alícuota general establecida en el primer párrafo del mencionado artículo.

El inciso c) del Art. 28 norma que estarán alcanzados a la alícuota del 10.5% "Los hechos imponibles previstos en el inciso a) del artículo 3º destinados a vivienda, excluidos los realizados sobre construcciones preexistentes que no constituyan obras en curso y los hechos imponibles previstos en el inciso b) del artículo 3º destinados a vivienda"[229].

227 Expediente 16181-2017-1"en trámite por ante el Juzgado Comercial 23 Secretaría 46.
228 FIDEICOMISO ESTRELLA DEL SUR S/LIQUIDACIÓN JUDICIAL s/INCIDENTE DE VENTA" (Expte. Nro. 24.334/2017). Juzgado Comercial N° 12 Secretaría 24.
229 El objetivo perseguido por el Poder Ejecutivo Nacional para bajar la tasa de impuesto al 50% fue la reactivación de la economía, la creación de empleo y la disminución significativa del déficit habitacional.

El decreto 324/1996[230] reforzó lo establecido por el Art. 28 de la Ley de IVA estableciendo una alícuota equivalente al 50% (cincuenta por ciento) de la alícuota general del primer párrafo del Art. 24 de dicho ordenamiento -hoy 21% - para los hechos imponibles previstos en el inciso a) y b) del artículo 3º del citado texto legal, destinados a vivienda, excluidos los realizados sobre construcciones preexistentes que no constituyan obras en curso.

A los efectos de dar más precisiones a lo normado en la Ley de IVA y en el **Decreto 324/96**, se sanciona el **Decreto 1230/96**[231] que en su Art. 2 establece "A los fines de la reducción de la alícuota dispuesta para los hechos imponibles previstos en los incisos a) y b) del artículo 3º de la ley del tributo, deberán tenerse en consideración las siguientes normas:

"a) Se entenderá que los trabajos sobre inmueble ajeno u obras sobre inmueble propio, según corresponda, están destinados a vivienda, cuando por las características de la construcción pueda considerarse que la misma ha sido concebida para ese fin, quedando facultada la Dirección General Impositiva, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, para establecer las condiciones en que deberá acreditarse el cumplimiento de dicho requisito…".

"Dicha caracterización resultará comprensiva de las bauleras y cocheras cuando, en el caso de trabajos sobre inmueble ajeno, sean construidas como unidades complementarias de las citadas viviendas y en el caso de obras sobre inmueble propio, sean vendidas en forma conjunta con las mismas".

"b) La tasa diferencial no será de aplicación respecto de las restantes construcciones que puedan integrar un edificio destinado a vivienda[232], tales como locales, oficinas o cocheras que no reúnan los requisitos previstos en el segundo párrafo del inciso a) precedente como así tampoco cuando los referidos trabajos consistan en la realización de obras de infraestructura complementarias de barrios destinados a vivienda".

230 Decreto 324/1996 (PEN) 27-marzo- 1996 – BO 29-03-1996.
231 Decreto 1230/1996.P.E.N. -30-oct-1996- BO 01-11-1996 N° 28513 pág. 1.
232 Los resaltados me pertenecen.

El problema radica en definir, cuándo las obras y trabajos tienen como destino la vivienda y para ello se podría aplicar dos criterios:

• **Subjetivo**: analizando el uso que le dará al inmueble el comprador, lo cual se torna dificultoso, porque obliga indirectamente a un seguimiento del destino denunciado originalmente y esperar que luego no se modifique.

• **Objetivo**: tomando en cuenta los planos otorgados por el organismo municipal o provincial al momento de la aprobación de la obra ya que de los mismos surge si fue concebida para vivienda o no, a los efectos de saber si se puede adoptar el decreto reglamentario[233] de la ley mencionada.

Es importante entonces considerar que para la determinación de la base imponible sujeta al distinto tratamiento que dispensa la Ley del Impuesto al Valor Agregado se debe lograr una objetiva evaluación de:

• Los valores porcentuales que corresponden asignar al valor del terreno.

• Valor porcentual correspondiente a unidades de vivienda identificando si posee cocheras y/o bauleras afectadas como complementarias a las mismas.

• El valor porcentual de la construcción que no sea afectada a vivienda, vgr. locales, cocheras independientes, bauleras, obras de infraestructura, etc.

3.3. Determinación de la base imponible y la definición de la tasa de IVA según el destino[234]

a) La tasa reducida del 10,5%, según lo expuesto en acápites anteriores, se aplicará sobre el porcentual que surja de tomar el Valor Total del Precio menos el porcentual del terreno y sobre el porcentaje de la construcción destinada a vivienda con sus unidades complementarias cuando estén asignadas a las mismas.

233 Art. 2 Decreto 1230/96.
234 "Fideicomiso Estrella del Sur s/Liquidación Judicial s/Incidente de Determinación de la Alícuota del I.V.A." (Expte. Nro. 24.334/2017/26/1. Juagado Comercial N° 12.

b) La tasa del 21% gravará el porcentual del Valor Total del Precio menos el porcentaje correspondiente al terreno, que corresponda a los locales, obras de infraestructuras, cocheras-bauleras no asignadas a unidades funcionales destinadas a viviendas.

3.4. Determinación del efectivo monto a abonar. Rol de la Sindicatura concursal

• **Para el Comprador:** el impuesto determinado sobre el precio de venta a abonar, teniendo en cuenta lo expuesto en los ítems anteriores, será el monto cierto que se deberá adicionar al importe de la subasta.

• **Para el Fideicomiso en liquidación:** se debe tener en cuenta que a lo largo de la vida del Fideicomiso se ha generado un Crédito Fiscal proveniente de las operaciones de compra de bienes y servicios vinculados a la construcción del mismo, el cual se encontrará denunciado dentro del Activo del Fideicomiso en la Apertura del proceso de Liquidación Judicial de Bienes y declarado por la sindicatura en el Informe del Art. 39 y que además, se verá incrementado por aquellos créditos fiscales generados durante el trámite de la Liquidación proveniente vgr. de los servicios de seguridad, seguros, luz, etc.

El monto abonado por el comprador ingresará a la masa junto al cobro del valor de venta, pero a los efectos de determinar el impuesto que se deberá ingresar o no a la AFIP, se deberá tener en cuenta Art. 24 de la Ley de IVA en tanto sostiene que "El saldo a favor del contribuyente que resultare por aplicación de lo dispuesto en los artículos precedentes -incluido el que provenga del cómputo de créditos fiscales originados por importaciones definitivas- sólo deberá aplicarse a los débitos fiscales correspondientes a los ejercicios fiscales siguientes..."[235]. Es importante resaltar que el síndico como administrador del Fideicomiso, tiene un papel preponderante para lograr la optimización de los recursos de la liquidación judicial y para ello deberá vincular su clave fiscal de AFIP con el CUIT del Fideicomiso en Liquidación Judicial, con el

235 TEXTO S/LEY 24587 - BO: 22/11/95 - T.O.: 1997 (D. 280/1997, Anexo I - BO: 15/4/1997); antes sin ordenamiento, art. 20. FUENTE: L. 23349, art. 1 y L. 24587, art. 5, pto. 2. Editorial Errepar digital.

fin de seguramente normalizar todas las presentaciones del IVA (F 2002) y poder afectar el Débito Fiscal de IVA proveniente de la subasta judicial contra el Crédito Fiscal de IVA proveniente de las declaraciones juradas a la fecha. Deberá cumplimentar todos los requisitos formales y materiales vinculados con el impuesto como la RG 3685/2014 (AFIP) que establece un Régimen Informativo de Compras y Ventas[236] y proceder a compensar si hubiera saldos de libre disponibilidad del impuesto, las multas automáticas que pudieran haber surgido del sistema tributario para proceder a dar finalmente la baja en todos los impuestos, inclusive el IVA.

El impuesto efectivamente a ingresar a la AFIP será el resultante entre el **Débito Fiscal recibido por la venta en subasta determinado según el mecanismo expuesto, menos el Saldo a Favor del Crédito Fiscal acumulado hasta el mismo período.**

Se desprende así, que realizado este arduo proceso por parte de la sindicatura, el IVA a abonar al Fisco, puede ser mucho menor o directamente nulo, quedando la suma obtenida en la subasta por dicho impuesto disponible para acrecentar los fondos a distribuir entre los acreedores en el Proyecto de Distribución. En realidad, no es más que una manera de recuperar el impuesto contenido en todo lo efectivamente abonado sobre los bienes y servicios durante todo el proceso de la Construcción y la Liquidación Judicial de Bienes.

4. Conclusiones

Es importante resaltar que en orden al Art. 109 de la LCQ, el síndico tiene la administración de todos los bienes y participa de la disposición de todas las medidas fijadas en dicho ordenamiento, es por ello que debe velar y realizar todas las gestiones necesarias para optimizar los recursos de la masa activa a los efectos de potenciar el acervo a distribuir entre los acreedores, como es el caso del tratamiento a dispensar en el IVA de la subasta en una Liquidación Judicial de Bienes de un Fideicomiso.

236 Permite generar una Declaración Jurada con el detalle de las compras, locaciones y/o prestaciones recibidas, y ventas, realizadas por cada uno de los meses por los cuales se ha presentado las declaraciones juradas de IVA.

§ 3.2. Derecho concursal. Principios

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

La legislación concursal, superados los organizadores clásicos de los siglos 19 y 20 deberá ajustarse tanto a ellos como a los nuevos, vinculados con la dignidad de la persona humana, la vulnerabilidad de ciertos deudores y acreedores, limitaciones a la universalidad, prevención de la insolvencia dentro del campo de los intereses: 1) general -bien común para la CSJN-, 2) de terceros e interesados no acreedores, 3) de los acreedores teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de algunos de ellos, 4) del deudor y su familia respetando la tutela y 5) de los consumidores y de los mercados.

FUNDAMENTACIÓN

La arquitectura tradicional del derecho concursal se edificó –y se sigue edificando- sobre los cimientos del nexun obligacional, en el marco de una situación económica que afecta al deudor, denominada en general estado de insolvencia y en nuestro país siguiendo la tradición de España de denomina “estado de cesación de pagos”. Este concepto ha tenido una mutación en su contenido a los largo de los tiempos:

1) En los primeros tiempos se equiparó al incumplimiento dando lugar a la teoría materialista como la denominaba Francisco Orione,

2) Esta teoría fue superada al establecer que no se trataba de un hecho, como el incumplimiento, sino de un conjunto de hechos que caracterizaban un estado. En los primeros tiempos se la identifica como un estado que si bien se exterioriza por muchos hechos, solo adquiere relevancia si existe una Litis generada por

el incumplimiento.

3) Esta teoría llamada "intermedia" abrió las puertas para el desarrollo de la denominada "amplia" cuyos adalides fueron en nuestro país Mauricio Yadarola ("Concepto dogmático de la insolvencia", 1935) y Raimundo Fernández ("Presupuestos de la quiebra", Ensayo sobre el estado de cesación de pagos de 1930), los que describen al estado de cesación de pagos o insolvencia como una situación objetiva de un patrimonio imposibilitado de cumplir de cumplir de un modo regular con sus obligaciones, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, tal como puede construirse la definición conforme las reglas de los artículos 1,69 y 78 de la ley 24522. Si bien el acreedor que la peticiones debe ser titular de una obligación vencida, el estado en cuestión puede revelarse por muchos medios que la ley sugiere de manera meramente enunciativa en el artículo 78 de la L.C. y Q.

Fue Osvaldo Maffía quien le asignó a la locución "estado de cesación de pagos un contenido variable, y con pluma brillante nos habló acerca de la mutación de un concepto: "del estado de cesación de pagos a la prevención de la insolvencia", mutación esta sucedida en muchas legislaciones como en la de Francia, normativa que desde 1967 se propuso prevenir no ya la quiebra, sino la existencia de un estado de insolvencia. Para prevenir la insolvencia y no para remediarla cuando ya derivó en un proceso concursal, era menester anticipar la actuación del sistema a los primeros signos de alarma, a los primeros guiños como claramente establecía el Rapport Sudrau. La anticipación de la tutela legal a los primeros instantes de la crisis, imponía que los procesos pudieran iniciarse ante la evidencia de simples dificultades económicas y financieras de carácter general. De tal suerte el amparo normativo de todos los intereses afectados por la empresa comenzaría con los primeros indicios anteponiendo a las dificultades que generan la apariencia presente de estar in bonis, a la realidad que supondrá dificultades más severas o peores incumplimientos futuros.

El sistema concursal en general, pese a los cambios propiciados por la doctrina, sigue construido sobre la misma base, pero se había ensanchado al abrazar a la "pre insolvencia", en algunos procesos o soluciones nacidos en nuestro país con la crisis de fin de siglo,

tal como sucedió en nuestra legislación con el Acuerdo Preventivo Extrajudicial, que se erige en remedio ante la cesación de pagos y en vacuna que la previene, actúa antes que ella suceda cuando se han configurado "dificultades económicas y financieras de carácter general". Fue el A.P.E. un gran remedio, desde que permitió reprogramar a su amparo pasivos de empresas importantes por casi treinta mil millones de dólares. Es claro que el auxilio de este instrumento fue relativo, ya que no alcanzó en su eficacia a las pequeñas empresas y tampoco para los empresarios individuales y menos aún para los consumidores.

No obstante ya se respiraba un aire de cambio relacionado con el presupuesto objetivo y también, aunque en menor medida, con los presupuestos subjetivos. En efecto se advertían por los primeros años de este siglo, algunos cambios:

a) Se legitima al tercer contratante no acreedor para denunciar la existencia de un contrato en curso de ejecución y su intención de continuarlo o resolverlo (Art. 144 inciso 1, primer párrafo LC y Q.).

b) Se legitima también a "cualquier interesado" para hacer saber la existencia del contrato pendiente y para opinar sobre la conveniencia de su continuación o resolución (Art. 144 inciso 1, segundo párrafo LC y Q.).

c) La constitución del comité de control en los términos del artículo 201 LC y Q. con una doble convocatoria. En primer término a todos los trabajadores sean o no acreedores. En segundo lugar a los acreedores no laborales para que por mayoría de capital designen a los integrantes de aquel comité. Esta elección se aplica únicamente a los acreedores, pues los trabajadores eligen su representante de conformidad con el procedimiento del inciso 13 del artículo 1y saca un lugar 4 LC y Q., a los que se adicionan dos más en el concurso preventivo, elegidos de igual manera, según el texto del artículo 42 del estatuto concursal de acuerdo con la reforma de la ley 26684.

d) Irrumpe la "equidad" aunque con cierta excepcionalidad, en el tratamiento de los acreedores (Párrafo 11 del artículo 16 LC y Q.) y saca un lugar singular que es la tutela del vulnerable conjuntamente con la protección del trabajador, conforme doctrina de la CSJN y

convenciones internaciones como los convenios OIT de los que nos hemos ocupado en ponencias presentadas en otros encuentros.

Estos cambios en lo subjetivo del proceso, no son los únicos sucedidos en los últimos años, a ellos se deben adicionar cambios en cuanto a la extensión de la decadencia de las obligaciones en el patrimonio del deudor persona humana y consumidor sobre endeudado. Algunas reformas tiene que ver con la calidad de la persona jurídica, así los bienes destinados al culto de las iglesias y no solo de la Católica Apostólica Romana han quedado fuera de los alcances de la universalidad, conforme con la "Ley del Indio" son inejecutables las tierras que tradicionalmente poseían las comunidades aborígenes en el territorio nacional. A estos supuestos y con relación a la persona humana, deben agregarse:

a) Exclusión de la vivienda única, como lo determinan desde el derecho público las Constituciones de las Provincias de Santiago del Estero y Córdoba.

b) La exclusión de la vivienda familiar en los términos de leyes provinciales como la ley 14443 de la Provincia de Buenos aires.

c) La gratuidad de los procedimientos consumeriles, sea el consumidor actor o demandado. Propone uno de los autores del presente que tal régimen se extienda a los concursos preventivos y las quiebras (Garaguso Horacio, "Concurso de la persona humana", publicado por Grupo Professional).

d) Si se sancionara la reforma aprobada en diputados el 31 de julio de 2020, disponiendo la Ley de sostenimiento de la actividad económica, en su artículo 4, que en caso de quiebra voluntaria de la persona humana el juez del concurso debe proveer en forma inmediata al levantamiento de la inhabilitación, ello acota las de desapoderar bienes adquiridos con posterioridad a la sentencia de quiebra aun dentro del término anual que ordena el sistema para poner fin a aquella.

e) Algunas leyes- como la 11101 del 9 de febrero de 2005 de Brasil, excluyen del régimen concursal a ciertos acreedores como los fiscales, en tanto otras leyes modernas no comprenden en el régimen concursal a los acreedores de causa laboral, o como ocurre

en nuestras prácticas con los créditos de naturaleza alimentaria, o en el proceso sustitutivo de la quiebra de aseguradoras por los "paquetes riesgo vida" los que pueden ser excluidos del activo y ser adjudicados en bloque a otros aseguradores.

Es evidente que las nuevas legislaciones concursales deberán sopesar los viejos y nuevos organizadores de los procesos concursales, corrigiendo los pretéritos a la luz de los presentes. Debe tenerse en cuenta que como todo sistema concursal los fines de estos procesos siguen siendo la conclusión de los contratos bajo un nuevo sistema legal, que transforma en inaplicables las cláusulas resolutorias y pactos comisorios contenidos en los contratos, como establece el art. 145 LC y Q. y por supuesto la extinción de las obligaciones de causa anterior a la sentencia falencial, cuando los bienes alcanzados sean insuficientes.

Es evidente que la nueva legislación deberá ajustar los viejos organizadores consecuencia del nexun obligacional, a los nuevos sean estos tanto objetivos como subjetivos. Aquel esquema horizontal del nexun romanista, debe dar lugar a otro más complejo y completo, que supere la idea de ese esquema y se adentre en la realidad negocial presente caracterizada como un conjunto de relaciones que incluyen el bien común, con el alcance que la CSJN diera a esta locución en el caso "Alitt". Bien común es en esta mirada el interés general de la comunidad el cual es conmovido por la insolvencia, aunque cada uno de nosotros, singularmente no haya sido afectado por la insolvencia de empresas o personas humanas no empresariales.

La futura legislación concursal deberá ajustarse a los principios y organizadores nuevos tales como el interés general, dignidad de la persona humana y la existencia de ciertos deudores o acreedores que exponen la característica de vulnerabilidad.

Dejamos aclarado que esta ponencia importa simplemente un adelanto de los temas que deberán ser considerados cuando se decida con seriedad la sustitución del sistema concursal vigente y no se proceda como en la gomería "parche, más parche, más parche".

§ 3.3. Concursos y quiebras. El presupuesto objetivo solo no alcanza para salvar la empresa en crisis

Por Dr. Ignacio Cenoz

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

INTRODUCCIÓN

Desde principios de este milenio, las leyes concursales y los debates doctrinarios reflejan la inquietud para lograr una mayor eficacia de los sistemas legales de la crisis recurriendo a la anticipación de la insolvencia como disparador del procedimiento concursal.

Se propone, en tal sentido, como presupuesto material u objetivo, además del tradicional concepto de estado de cesación de pagos, otros conceptos referentes a estadios previos, denominados amenazas, dificultades, inminencia de insolvencia, o sobreendeudamiento[237], entre otros.

Estas alteraciones responden, en primer lugar, al reconocimiento de que los intereses afectados por las crisis económicas y financieras, y que deben ser tutelados por los regímenes falenciales, son múltiples y exceden ampliamente a la exclusiva tutela del crédito. En tal sentido, resalta Maffia que la tutela de los intereses conexos a la conservación de la empresa ha incidido de facto en el presupuesto objetivo, de modo que la noción de insolvencia, que solo contemplaba los intereses de los acreedores, ya no basta para dar tutela a los multi-subjetivos actualmente reconocidos[238]. En la misma línea, se ha señalado que es necesaria la redefinición del presupuesto objetivo para logar mayor efectividad en los procesos concursales[239].

237 DASSO, Ariel G., "La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la Insolvenzordnung", Sup. CyQ 2009 (febrero), 01/02/2009, 1-LA LEY2009-B, 773 *(AR/DOC/148/2009, p. 1)*.
238 MAFFIA, Osvaldo J., "Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial", *LA LEY1984-C, 775-Derecho Comercial-Concursos y Quiebras-Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205 (AR/DOC/18836/2001, p. 1)*.
239 GRAZIABILE, Darío J., "Hacia dónde se dirige (o debiera dirigirse) el Derecho Concursal local", *RDCO 292, 01/11/2018, 101* (AP/DOC/702/2018, p. 7).

En segundo lugar, se ha asumido expresamente[240] que los procesos clásicos fracasaron sistemáticamente[241], sin obtener resultados en términos de una protección adecuado del crédito y salvar a la empresa en dificultades o la integridad de sus patrimonios.

Sin embargo, el adelantamiento del presupuesto objetivo se ha acompañado, en el derecho comparado, con otro tipo de cuestiones como la necesaria presentación de un plan de reestructuración, la mediación o el incentivo al financiamiento de la empresa en crisis, entre otras notas destacables.

1. El presupuesto material anticipativo de la insolvencia

Cabe señalar, primeramente, que no existe actualmente un concepto unívoco que pueda relacionarse con el estadio previo a la insolvencia, pero sí se ha hecho referencia a diferentes circunstancias o hechos manifestantes. En efecto, se habla de crisis patrimonial, crisis empresarial, dificultades financieras, entre otras[242].

Al respecto, cabe hacer una primera reflexión. Partiendo de la base de que el mismo concepto de insolvencia no ha cesado de evolucionar[243], y que (más específicamente) el mismo concepto de estado de cesación de pagos ha variado a lo largo de los años[244], creemos que conceptualizar rígidamente un presupuesto previo, no flexible y que no admita variaciones en los elementos que lo integren, puede resultar una tarea sumamente dificultosa –o imposible- o, incluso, innecesaria.

En efecto, desde un análisis *ius* filosófico, un concepto abierto

240 Así se ha indicado a partir del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006 (GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia,* Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009 (p.121).
241 MARCOTULLIO, Miguel E., *Concurso preventivo: Tempestividad y viabilidad-,* ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006, t. 2 (pp. 226-228).
242 GRAZIABILE, Darío J., "Hacia dónde se dirige (o debiera dirigirse) el Derecho Concursal local", *RDCO 292, 01/11/2018, 101* (AP/DOC/702/2018, p. 7).
243 MAFFIA, Osvaldo J., "Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial", *LA LEY1984-C, 775-Derecho Comercial-Concursos y Quiebras-Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205 (AR/DOC/18836/2001, p. 1).*
244 GRAZIABILE, Darío J., "Hacia dónde se dirige (o debiera dirigirse) el Derecho Concursal local", *RDCO 292, 01/11/2018, 101* (AP/DOC/702/2018, p. 7).

puede ser aquel que deliberadamente no está conformado por notas precisas, sino que importa una especie de semi-regulación destinada a ser integrada por el Juez en cada situación concreta. Y así como antes se mostraba que insolvencia era algo más que un incumplimiento, hoy se recurre a aquellos amplios términos que referenciamos. Lo importante, es que ya no se trata de intervenir en la insolvencia (término relativamente preciso), sino antes, con la finalidad de prevenir, no ya la quiebra sino la insolvencia[245].

En tal sentido, ha dicho Alegría que hay que renovar el panorama de los procedimientos de prevención, y en lo posible concebir uno más amplio, con alternativas y, en definitiva, establecer como una unidad conceptual el presupuesto objetivo, sin perjuicio de las gradaciones que sean necesarias para mejor resolver cada uno de los estadios de gravedad que la situación presenta[246].

1. a. El presupuesto objetivo en el derecho comparado

Como mencionábamos, entre las notas del Derecho concursal moderno, sobresale como la más importante por sus efectos prácticos inmediatos la aparición de un nuevo presupuesto material anticipativo de la crisis[247].

Al respecto, se ha identificado que en aquellos sistemas donde se admiten procedimientos dirigidos a tratar las crisis empresarias por vía extrajudicial, es una característica casi constante la no exigibilidad del presupuesto material clásico focalizado en la insolvencia o el estado de cesación de pagos, constituyendo la previsibilidad del propio deudor de que las dificultades presentes

245 MAFFIA, Osvaldo J., "Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial", *LA LEY1984-C, 775-Derecho Comercial-Concursos y Quiebras-Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205 (AR/DOC/18836/2001, p. 9; 11).*
246 ALEGRIA, Héctor, "Objetivos y presupuestos concursales en el derecho actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo)", *Sup. CyQ 2009 (abril), 01/04/2009, 1-LA LEY2009-C, 798* (AR/DOC/1453/2009, p. 9).
247 DASSO, Ariel G., "Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)", LA LEY 26/01/2007, 26/01/2007, 1-LA LEY2007-A, 957-LA LEY 29/01/2007, 29/01/2007, 1-LA LEY 30/01/2007, 30/01/2007, 1-LA LEY 31/01/2007, 31/01/2007, 1-Derecho Comercial-Concursos y Quiebras-Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 929 *(AR/DOC/406/2007, p. 7).*

pueden llevarlo a consolidar una insolvencia todavía embrionaria[248].

Ahora bien, entre las legislaciones que recurren a más de un concepto, se destacan la ley italiana que habla de "estado de insolvencia" o "estado de crisis", donde doctrinariamente se ha entendido que el primero implica un estadio más grave que el segundo.

El presupuesto material en la *Insolvenzordnung* alemana es la "insolvencia", la que se genera cuando el deudor no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. Sin embargo, cuando el procedimiento previsto en dicha norma fuera instado por el propio deudor también funciona como presupuesto objetivo la mera amenaza de insolvencia, considerando que tal peligro existe cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento[249].

Asimismo, en el 2008 se introduce un segundo presupuesto objetivo denominado *"sobreendeudamiento"*, previo a la insolvencia (entendida como incapacidad de pago actual o inminente), que tendrá lugar cuando el patrimonio contraído no cubre las obligaciones, y que tiene lugar ante una empresa cuya continuidad resulta bastante probable o verosímil. Precisamente, es a partir de este presupuesto material de apertura del procedimiento que se evidencia su finalidad recuperadora, ya que presupone la concurrencia del estado de insolvencia, sea que se trate de su amenaza, o de la denominada situación de sobreendeudamiento[250].

La ley concursal española, modificada en 2003, se funda en la unidad de sistema o procedimientos, y se concreta en un proceso de entrada única para todo tipo de concurso a través de una fase común que derivará en una vía conservativa, ósea, la fase de convenio, o una fase liquidativa.

248 DASSO, Ariel G., "Reflexiones sobre la vía extrajudicial de la prevención", Sup. CyQ 2008 (octubre), 01/10/2008, 1–LA LEY2008-E, 1313 *(AR/DOC/2588/2008, p. 1)*.
249 GEBHARDT, Marcelo, Prevención de la insolvencia, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009 (p. 202).
250 JUNYET BAS, Francisco, *Hacia una reformulación de las directrices de la ley concursal argentina -a propósito del plan de empresa-*, ponencia presentada a la comisión 2 del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario 2.006, T°II, p. 143.

El presupuesto objetivo de la apertura del procedimiento tiene base doble en función de que sea el deudor o los acreedores quienes lo insten. En los supuestos de concurso voluntario, es requisito material la "insolvencia inminente", la que ocurre cuando el deudor prevé que no podrá cumplir en forma oportuna y regular sus obligaciones[251], de manera que se adelante en el tiempo haciendo hincapié no en el hecho del incumplimiento como acontece en la insolvencia, sino en la puntualidad del cumplimiento. Esta presentación queda a criterio del deudor y no puede ser cuestionada por los acreedores.

Al respecto, Gebhardt destaca el fallo conocido como "Delphi" del Juzgado en lo Mercantil de Cádiz, en el que se resolvió admitir la solicitud de concurso al resultar previsible que la sociedad no pueda cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones exigibles. A su vez, se tuvo en cuenta la escasez de recursos alegada por la empresa, la pérdida de negocios, y la acumulación de pérdidas de ciento cincuenta millones de euros en cinco años[252].

La ley francesa del año 2006 ha sido calificada como modelo y paradigma de las legislaciones anticipativas de la crisis[253]. El presupuesto objetivo se centra en el concepto de "dificultades", y se pone en manos del deudor distintos procedimientos de acuerdo a la intensidad de las dificultades que atraviesa, permitiendo el acogimiento más temprano posible. Son cuatro los procedimientos previstos: 1- Conciliación; 2- Salvamento; 3- Saneamiento; y 4-Liquidación. Particularmente, el de conciliación es un procedimiento de carácter extrajudicial en virtud del cual se intenta arribar a un acuerdo amistoso entre acreedores y deudor para superar las dificultades de la empresa, es de carácter reservado y está adjudicado exclusivamente al deudor, siendo su presupuesto objetivo

251 DASSO, Ariel G., "Un "nuevo" Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)", LA LEY 26/01/2007, 26/01/2007, 1-LA LEY2007-A, 957-LA LEY 29/01/2007, 29/01/2007, 1-LA LEY 30/01/2007, 30/01/2007, 1-LA LEY 31/01/2007, 31/01/2007, 1-Derecho Comercial-Concursos y Quiebras-Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 929 *(AR/DOC/406/2007, p. 9)*. [27] GEBHARDT, Marcelo, Prevención de la insolvencia, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009 (p. 219).
252 GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009 (p.219).
253 DASSO, Ariel G., "Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés", LA LEY 03/08/2009, 03/08/2009, 3-LA LEY2009-D, 1265 *(AR/DOC/3039/2008, p. 2)*.

las “dificultad jurídica, económica o financiera real o previsible”.

Por otra parte, el procedimiento de salvataje es típicamente judicial-concursal, y su presupuesto material requiere dificultades que no pueda superar y que puedan llevarlo al estado de insolvencia. Únicamente puede ser instado por el deudor, quien debe justificar el carácter insuperable de las dificultades. Es un procedimiento voluntario que está a la mano del deudor y que no contiene un presupuesto material preciso como ocurres en la legislación alemana, belga o la *Brankruptcy* estadounidense.

En Italia, el presupuesto material del concordato preventivo actualmente es el “estado de crisis”, dejando de lado el estado de insolvencia que queda reservado al proceso de quiebra. Asimismo, destaca Dasso que las notas caracterizantes de los conceptos modernos de “crisis”, “estado de crisis”, o “amenazas de insolvencia”, son similares pero no idénticas explicaciones, y destaca un fallo del Tribunal de Treviso en el que la define como una situación de estado de la economía debida a factores de breves períodos, esto es, a causa contingente de desequilibrio e ineficiencia que precede a la insolvencia, pero que tendencialmente resulta irreversible. De tal manera, identifica tres estadios, el primero es el origen, donde las consecución fenómenos de desequilibrio e ineficiencia, el segundo se da si estas dificultades perduran, mientras que el tercero, característico de la insolvencia, se presenta ante la incapacidad manifiesta de afrontar los compromisos asumidos más allá del cual se abre el estadio final de cesación de pagos, entendido este como incapacidad permanente del activo y de afrontar el pasivo.

Dicha reforma responde, a una concepción evolutiva de la patología y advierte el riesgo de que empresarios que no estén en dificultades las simulen para procurar la reestructuración[254].

254 DASSO, Ariel G., “Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, LA LEY 26/01/2007, 26/01/2007, 1-LA LEY2007-A, 957-LA LEY 29/01/2007, 29/01/2007, 1-LA LEY 30/01/2007, 30/01/2007, 1-LA LEY 31/01/2007, 31/01/2007, 1-Derecho Comercial-Concursos y Quiebras-Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 929 *(*AR/DOC/406/2007*, p. 8)*.

1. b. El acuerdo preventivo extrajudicial

El artículo 69 LCQ prevé un presupuesto objetivo dual, recurriendo al clásico concepto de estado de cesación de pagos e incorpora, en línea con los modelos italiano y francés analizados, la noción de dificultades económicas o financieras de carácter general. Ahora bien, gran parte del esfuerzo doctrinario se ha enfocado en determinar si se trata de sinónimos o conceptos diferenciados. Principalmente, porque ello influirá en los regímenes de ineficacia e inoponibilidades aplicables en cada caso, ya que se entendía que tratándose de un presupuesto anterior al estado de cesación de pagos los acuerdos quedarían fuera del régimen de inoponibilidades.

En un principio se ha intentado asimilar ambos conceptos negando que hubiera diferencias sustanciales entre ambos, ya que de lo contrario, se destruiría el sistema de ineficacias basado en estado de cesación de pagos. Ahora bien, se ha sostenido que si bien puede haber diferencias técnicas desde una óptica contable o financiera, jurídicamente es leve e irreconocible. Lo importante es que, sin estar en estado de cesación de pagos, un deudor puede celebrar un APE y que, estando en estado de cesación de pagos, si el mismo no se ha exteriorizado también podrá celebrarse. Sin perjuicio de ellos, se ha identificado a las dificultades económicas o financieras de carácter general como el tránsito previo a la insolvencia, y que estas –a diferencia de la insolvencia- pueden ser transitorias, por lo que no necesariamente implicaría la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones[47].

Concuerdan con aquello Junyet Bas y Molina Sandoval, quienes remarcan que la intención del legislador era adelantar el remedio judicial, enfatizando la consigna de actuar cuando aparecen los primero problemas económicos, en lugar de esperar a que la insolvencia se instale. En tal sentido, representa una oportunidad para explotar o transformar la crisis y, en consecuencia, debe alcanzar con la mera confesión del deudor para tener por cumplido el presupuesto objetivo[48].

2. Otras notas relevantes que acompañan al nuevo presupuesto objetivo

Cabe señalar, que de lo hasta aquí tratado se exponen ciertas notas relevantes del moderno derecho concursal tales como el adelantamiento del presupuesto objetivo, la desjudicialización (total o parcial) y el interés por salvar la empresa. Sin embargo, estas no son las únicas destacables, sino que existen en otras que -en cada ordenamiento con sus matices- del derecho comparado más avanzadas en lo que respecta al salvamento de la empresa en crisis, y que acompañan a las ya mencionadas.

La primera, tiene que ver con la relevación del plan de reestructuración. La mayoría de los países cuya legislación hemos mencionado exige como requisitos de procedencia la obligatoriedad de presentar un plan, el que será evaluado en cuanto a su viabilidad y la posibilidad de mantener los puestos laborales.

En segundo lugar, vinculado a la planificación y a la desjudicialización, se destaca la intervención de terceros técnicos que presten asistencia durante la negociación en un rol de mediadores o conciliadores. Estos suelen tener la función de evaluación del plan de reestructuración y, a partir de allí, sugerir mejoras al deudor o convencer a los acreedores acerca de la conveniencia de aceptar celebrar un acuerdo y no avanzar hacia los procesos de insolvencia.

Por último, se identifica en los procesos del derecho comparado, sistemas de incentivos al financiamiento de la empresa en crisis instrumentados a través de privilegios procesales o en el cobro a favor de aquellos acreedores que mantenga o financien al deudor (*new money*).

CONCLUSIÓN

La crisis económica y financiera es progresiva y atraviesa y diferentes estadios, siendo el más grave el de la insolvencia. Siendo, al menos dos de ellos, la pre-insolvencia y la insolvencia (o estado de cesación de pagos).

Entonces, proponemos, como sostiene la mayoría de la doctrina, la diferenciación entre del presupuesto objetivo "dificultades económicas o financieras" de la insolvencia o estado de cesación de pagos, el que consideramos propio de una etapa de pre insolvencia útil a los efectos de salvar la empresa en crisis.

Sin embargo, eso solo no basta y entendemos que el derecho concursal local no se encuentra al día de hoy apto para permitir, en la mayoría de los casos, la superación de la crisis de manera eficaz. El APE presenta un presupuesto acorde a tal finalidad, y que interpretado de manera amplia o elástica presenta un marco protectorio a aquellas reestructuraciones que se den en ámbito privado, y da una herramienta a aquellas empresas que pueden no encontrarse actualmente en insolvencia pero previsiblemente lo estarán. Pero carece de regulación en otros aspectos relevantes y que hacen a la eficacia del sistema vinculados a la planificación, evaluación e intermediación de terceros, y financiamiento de la empresa en crisis.

Ahora bien, atento a las circunstancias actuales, las que nos presentan un panorama en el que se prevé una avalancha de procesos concursales, con serias dificultades para que el sistema judicial pueda responder satisfactoriamente ante semejante demanda, y que la situación de los deudores en muchos casos es similar a la de sus acreedores, predisponiéndolos favorablemente a reestructurar los pasivos; es aún más necesario establecer un marco de contención para aquellas negociaciones que se generan en el privadamente sin controles ni restricciones en la administración, pero que garantice un grado de negociación acabado, detallado y con presencia de mecanismos de planificación que, en caso de que se derive en un Concurso Preventivo o Quiebra, ello sea con un trabajo previo.

Por lo tanto, se impone la necesidad de adoptar medidas que favorezcan las negociaciones en instancias prejudiciales, el financiamiento a las empresas y la planificación en la crisis.

§ 3.4. Competencia concursal

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

La competencia concursal no es disponible por ser de orden público, improrrogable e indelegable, pero esta regla no petrea y admite un conjunto de excepciones relacionadas con la realidad.

FUDAMENTACIÓN

La CSJN en una repetida doctrina judicial ha sostenido que la competencia concursal es indisponible por ser de orden público y como tal ni prorrogable ni postergable. Sin embargo sucede en supuestos especiales que la aplicación pétrea de la norma del art. 3 conduce a situaciones absurdas que conspiran contra la seguridad y con el sentido de la norma.

En reciente pronunciamiento el Dr. Rodrigo Cataldo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata entiende que la inscripción registral de la "modificación del domicilio" como elemento atributivo de la competencia **no constitye una exigencia absoluta o petrea**. El caso ("Tiendas Roxana S.A. s/ Concurso preventivo –Pequeño-" Juzgado Civil y Comercial Nro. 7 de Mar del Plata y Sala I de la Cámara Civil y Comercial en fallo del 14/11/2019 Expte. 168.599 Reg. 279) se sentó la doctrina antes indicada a la que adhiere asimismo el restante vocal de la Sala el Dr. Ramiro Rosales Cuello.

En dicho precedente la deudora había modificado su domicilio cumpliendo con todas las exigencias que fija la ley de sociedades, pero la inscripción registral se vio severamente demorada por

cuestiones ajenas al hecho mismo del cambio de jurisdicción. El juzgado de primera instancia se declara incompetente desde que el domicilio inscripto era en la CABA y considero que más allá de la voluntad del deudor no completar el trámite de inscripción era un óbice definitivo a la atribución de la competencia provincial. Recurrido este pronunciamiento y en plazo sorprendentemente breve -3 semanas- la alzada REVOCA el pronunciamiento de primera instancia sentando la doctrina siguiente: "La inscripción registral de la modificación del domicilio social como elemento atributivo de la competencia no constituye una exigencia absoluta o pétrea, sino que, por el contrario, la propia doctrina y jurisprudencia admiten excepciones a lo estipulado por el art. 3 inc. 3 de la L.C. y Q., lo que se encuentra en sintonía con la regla del art. 157 del C. C. y C.". Dicha norma del Código Civil y Comercial establece que: "Modificación del estatuto. El estatuto de las personas jurídicas puede ser modificado en la forma que el mismo o la ley establezcan. La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de esta, excepto que el tercero la conozca".

El sistema lo que busca descartar es la ocurrencia a domicilios fraudulentos, irreales o simulados, pero en el caso todas esas hipótesis quedan descartadas ni bien se confronta la realidad económica: La sede, el establecimiento, los trabajadores y los acreedores son de Mar del Plata.

§ 3.5. El concurso y la emergencia, o la emergencia del concurso

Por Dr. Horacio P. Garaguso y Jorge H. Santi

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de La Plata

PONENCIA

Es urgente una legislación de emergencia ante el COVID 19 en el derecho concursal.

INTRODUCCIÓN

La emergencia sanitaria provocada por el COVID 19 dio lugar a la adopción temprana de una cuarentena en el marco de un ASPO (Aislamiento social preventivo obligatorio) dispuesto para demorar lo inevitable y tomar ese tiempo de espera para recuperar el sistema de salud notablemente deteriorado e incapaz de atender las necesidades que con el paso del tiempo habrían de requerirse. Fue de utilidad para el desarrollo de mecanismos de testeo eficaces y más económicos que el tradicional hisopado y para encontrar tratamientos para la cura de los infectados, como lo fue y sigue siendo, la aplicación del plasma de los recuperados a ciertos pacientes.

Pero si bien ha permitido sostener el sistema sanitario en casi todo el territorio nacional (no así en Jujuy a partir de mayo y ahora en Rosario), produjeron tanto la pandemia como el ASPO un deterioro severo en una economía golpeada por crisis de endeudamiento público y privado y una recesión de casi tres años de extensión. La crisis ha golpeado sin miramientos a toda la economía en general pero con más énfasis en aquellas actividades no esenciales como el turismo, hotelería, gastronomía, recreación y esparcimiento, cultura, espectáculos, transporte de personas aéreo, marítimo y fluvial, terrestre de larga distancia, confección de indumentaria y comercialización de la misma, etc.

La colosal pérdida de empleos y de ingresos salariales ha obligado

al Estado a incrementar el apoyo a personas y empresas, lo que no ha podido minorar el creciente endeudamiento de las familias y de los agentes económicos, situación que provoca asimismo que las sucesivas inadimplencias y la retracción de la demanda de bienes encadenen nuevas caídas en la actividad y el empleo, que en un círculo vicioso generan nuevas retracciones y caídas. Si los consumidores no pueden consumir, la actividad económica de productores, comercializadores, transportistas, etc. se verá sometido a nuevas experiencias que la crisis produce o agudiza. Sin embargo, la apertura de ciertas actividades ha permitido un ligero mejoramiento de la situación no sucediendo la catarata de procesos concursales agorados por los comentaristas económicos-

Ante la situación, especialistas como Anich y Morcecian, plantean reformas de la legislación concursal de carácter permanente para una mejor atención de crisis presentes y venideras, a través de la simplificación de procedimientos que ya existen en la legislación nacional. Debe destacarse que existieron una docena de proyectos de reforma de la legislación concursal, y ante ellos Botteri propone una solución distinta emergencial pero no concursal, aplicando las reglas del Código Civil y Comercial, confiando en que las provincias podrán reglar en sus ordenamientos adjetivos un proceso ni concursal ni universal que favorezca la resolución de los conflictos que no obedecen a razones económicas sino a razones de tipo sanitarista o solidarias, ajenas a la configuración clásica de las causas de la insolvencia-

Trataremos a continuación de manera somera y esquemática los alcances de los proyectos indicados para luego avocarnos al estudio de las reglas propuestas con algunas modificaciones parlamentarias del proyecto del Diputado Carlos Selva, que sirvió de base al sancionado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Análisis de los proyectos con ingreso al parlamento

Reformas al sistema concursal

Dividimos los proyectos con estado parlamentario en dos tipos. Por una parte los que propician reformas permanentes al sistema con-

cursal que son cinco, de los que proponen una reforma solo ante esta emergencia, sin introducir cambios en el esquema de la ley 24522, o que los propician únicamente ante la situación presente de la pandemia y sus efectos.

1) Proyecto del Diputado Luis Giácomo: Este proyecto comprende una reforma emergencial que analizaremos en el capítulo siguiente y una ampliación de los procesos de la ley 24522. En efecto, se regla un nuevo concurso destinado a personas humanas, pequeñas y micro empresas, con reforma del régimen de los pequeños concursos preventivos y quiebras. Se incluye nuevamente en la Ley de Concursos y Quiebras la posibilidad de acceder a un convenio de crisis, tal como antes de la reforma de 2012 contenía el artículo 16 de la ley 24522.

2) Proyecto del Senador Alfredo Luenzo: modifica el régimen de los pequeños concursos preventivos y las quiebras, tanto para las personas humanas como para las Micro, pequeñas y medianas empresas, flexibilizando los requisitos, reduciendo plazos y suspendiendo procesos y subastas, también el levantamiento de medidas cautelares sin sustanciación y un nuevo sistema de verificación de oficio de los acreedores denunciados por el deudor conforme el inciso 5 del artículo 11 de la ley 24522, si los mismos no piden verificación de sus acreencias, obviamente por el monto denunciado por el deudor.

3) Proyecto del Senador Esteban Bullrich, del Diputado Cristian Ritondo y otros. Además de algunas normas concebidas para la crisis se introduce un proceso de reestructuración de los pasivos simplificado, con poca intervención judicial con la dirección y asistencia de un negociador. Es verdaderamente interesante la inclusión de un negociador; repárese que no se trata de un mediador sino de un negociador que como tal puede sugerir ideas y proyectos a las partes.

4) Diputada Brenda Lis Austin: Propone la simplificación del trámite de los pequeños concursos y quiebras, eliminando la exigencia –para los mismos- del inciso 8 del artículo 11 de la ley 24522 , excluyendo la constitución del comité de control en estos procesos. Propone asimismo la eliminación de la constitución de comités de

control en los supuestos especiales de los artículos 48 y 48 bis de la LC y Q.

5) Diputado Francisco Sanchez: proyecta un aspecto emergencial y otro permanente en la legislación concursal. Este último es un nuevo proceso de reestructuración de pasivos concursales mediante una versión simplificada del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, vigente en cualquier situación en que una emergencia sea declarada por ley. Tramita ante el poder judicial, en un proceso en el que el síndico es un mediador concursal, a quien se confía la formulación de la propuesta de acuerdo preventivo, si se reúne una mayoría del 60% del pasivo el juez procede a su homologación. También podrá homologarla si es acogida por el 40% del pasivo verificado, si a criterio del juez reúne los principios de buena fe y esfuerzo compartido. En ambos cómputos no se tienen en cuenta los créditos fiscales y los que tengan garantía real.

Proyectos para la crisis y la emergencia COVID 19

Tanto los proyectos indicados como otros siete contienen reformas al sistema aplicables como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria que vive el país y el resto del mundo con motivo y mientras dure la PANDEMIA DEL CORONAVIRUS. Dejamos aclarado que en algunos casos aunque se indique que se trata de normas especiales para esta crisis, pareciera que debieran incorporarse en el régimen general de los concursos.

Algunos de los proyectos tocan una situación parcial como los de la Senadora del Valle Vega y la diputada Lorena Matzen. Por el primero y ante la emergencia sanitaria se excluyen de los procesos de quiebra los bienes de los fallidos que sean establecimientos asistenciales tales como sanatorios, clínicas, consultorios, laboratorios, ambulancias entre otros, los que deben ser puestos de inmediato a disposición de la autoridad sanitaria. Por el segundo y por el tiempo que dure la emergencia sanitaria se amplia y facilita el régimen de los artículos 288 y 289 de la ley 24522.

En el estilo del proyecto aprobado pueden considerarse las propuestas siguientes:

a) Prórroga del período de exclusividad. Está contenida en 6 proyectos difiriendo el cómputo y el plazo de tal prórroga:

• Por el plazo de un año a partir de la vigencia de la ley, conforme los diputados Yambrún y López,

• Por el plazo de 180 días contados de manera semejante,

• Hasta el 31 de diciembre de 2020, conforme los proyectos de los Diputados Fernández Langán, Di Giácomo y

• Hasta el 30 de diciembre de 2020, conforme el proyecto de la Diputada García.

b) Prohibición de declarar quiebras forzosas, indirectas o voluntarias:

• Si se trata de quiebras forzosas –pedidas por acreedor- contienen la suspensión por 180 días los proyectos de los Diputados García Larraburu y Yambrún y López.

• Se suspende el pedido de quiebra formulado por acreedor hasta el 30 de diciembre de 2020 conforme el proyecto de la Diputada García.

• Hasta el 31 de diciembre de 2020 se suspenden los pedidos de quiebra en su trámite si se trata de quiebras forzosas, conforme con ello los proyectos de los Diputados Carlos Selva, Fernandez Langán y Sanchez.

• Hasta que concluya el ASPO, conforme otra opción proyectada por el Diputado Fernández Langán.

C) Prórroga en el vencimiento de los plazos comprendidos en acuerdos preventivos anteriores a la emergencia, distintas miradas y alcances:

- Por el plazo de un año desde la fecha del vencimiento de los acuerdos, conforme los Diputados Yambrún y López,

- Por el plazo de 360 días en el proyecto del Diputado Sanchez,

- Por el plazo de 180 días de acuerdo con los proyectos de los Diputados Fernández Langán y de García Larraburu,

- Por el plazo que establezcan renegociando los acuerdos preventivos judiciales o extrajudiciales el deudor con los acreedores comprendidos en los mismos. Tal posibilidad está presente en los proyectos de Bullrich, Ritondo y otros y en el de la Diputada García. Esta última prevé que no mediando acuerdo el plazo se prorroga hasta el 30 de diciembre de 2020.

- Hasta el 31 de diciembre de 2020 conforme los proyectos de los diputados Selva y Di Giácomo.

d) Suspensión de ejecuciones, subasta y medidas cautelares: Al menos siete de los proyectos contienen en distintas medidas suspensión de ejecuciones y subastas y algunos la vigencia de medidas cautelares. Veamos

* Hasta el 31 de diciembre de 2020 conforme las propuestas de Di Giácomo y García Larraburu –con relación a ciertos bienes por 180 días-, Selva –se trate de subastas judiciales y extrajudiciales- y de Fernández Langán.

* Hasta el 30 de diciembre de 2020 según la iniciativa de la Diputada García.

* Mientras dure la emergencia sanitaria, propone el Diputado Puenzo.

* Hasta un año contado desde la fecha de la declaración de la emergencia, conforme el proyecto de los diputados Yambrún y López-

e) Derogación de la inhibición para re concursarse hasta el 31 de diciembre de 2020 de acuerdo con la propuesta de los Diputados Fernández Langán y Di Giácomo y mientras dure la emergencia de acuerdo con el proyecto de Bullrich, Ritondo y otros.

f) Regímenes especiales de financiación: esta propuesta la insinúan García, Sanchez y Bulrich, Ritondo y otros.

El proyecto sancionado por la Cámara de Diputados tiene algo de muchos de los proyectos por lo que no puede sorprender que haya sido aprobado por unanimidad de los 253 diputados con solo dos abstenciones.

El proyecto aprobado en diputados

Se ha aprobado un texto híbrido bajo el nombre: "LEY DE SOSTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA PUBLICA CORONAVIRUS – COVID 19 EMERGENCIA PARA PROCESOS DE CONCURSOS PREVENTIVOS Y QUIEBRAS".

El nombre elegido ha sido censurado por Anich, Gebhardt y Prono. El primero como Daniel Vítolo, estima que una ley no es la que puede sostener la actividad económica. Las coincidencias expresadas en la crítica a la denominación encuentran diversos fundamentos: es la administración activa con una gran inyección monetaria como el plan Marshall, lo que propone Vítolo. Otros apuntan a que es el estado el que deberá sostener, algunos dicen que es el mercado y otros que la acción conjunta del estado, mercado y crédito los que producirán el sostenimiento que la ley procura. Sin embargo, y a nuestro juicio, el nombre elegido como epígrafe del proyecto no es tan desacertado desde que destaca el marco, el alcance, el ámbito y el fin inmediato que persigue, por otra parte es la sustancia y no la denominación la que hará buena o no tan buena una ley. Pero también sea dicho, el título marca limites políticos que saldrán a la luz en el debate parlamentario de la cámara de senadores:

1) El marco normativizado es el de la emergencia sanitaria y económica pública y privada provocada por la pandemia del COVID 19 declarada de tal suerte por decreto de necesidad y urgencia,

2) El alcance y eficacia de la propuesta se circunscribe a concursados preventivamente, sometidos a la homologación de acuerdos preventivos extrajudiciales y las quiebras. No se refiere a hipótesis extra concursales, pues aún en el supuesto de la suspensión de las ejecuciones contra garantes, codeudores y avalistas, solo se comprenden en el sistema quienes asumen ese rol ante los acreedores de un concursado o fallido.

3) El ámbito está perfectamente establecido en el epígrafe y se refiere a la actividad económica –macroeconómicamente juzgada- dentro de la emergencia.

4) El fin inmediato es crear las condiciones para la continuidad de las empresas preservándolas en cuanto productoras de bienes y

dadoras de empleo, restituyendo al mercado a los consumidores y personas humanas endeudadas conforme el artículo 4 del proyecto que más adelante analizaremos.

Tales fines, acompañados por las acciones y gestiones propuestas por los autores citados servirán en buena medida para la continuación de las empresas no esenciales y como respaldo o sostén normativo de la actividad económica. No podemos precisar en qué porcentaje o medida, pero si este proyecto se sancionara, su aplicación habrá de contribuir al sostenimiento de la actividad económica presente y favorecerá en el futuro la recuperación de la entidad y capacidad perdida.

A nuestro juicio la normativa proyectada propicia el apuntalamiento de los mercados, mediante una acción inmovilizadora de alcances limitados a situaciones de concursos preventivos, homologación de acuerdos preventivos extrajudiciales y a las quiebras: en esta dimensión propicia el sostenimiento de la actividad económica.

La declaración de emergencia

Dispone el artículo 1 del proyecto: "Declárase hasta el 31 de marzo de 2021, la emergencia de los sujetos comprendidos en los concursos preventivos y acuerdos preventivos extra judiciales que se encuentren en trámite, así como también de los sujetos comprendidos en los concursos preventivos que se peticionen y en los trámites de la quiebra que se inicien desde la vigencia de la presente ley y hasta la fecha citada".

El precepto transcripto no es por cierto claro, pero es evidente que contiene una omisión censurable: se refiere claramente a CP Y APE en trámite, pero cuando se inicien dentro del plazo de la emergencia, solo se refiere a CP y quiebras. Omite mencionar la homologación de acuerdos preventivos extrajudiciales que se peticionaran y comprende las quiebras que conforme el artículo 2, inciso b) acápite 5 no pueden ser ni tramitadas ni declaradas, salvo que únicamente se refiera al supuesto del artículo 4, es decir quiebras voluntarias de personas humanas que no realicen actividad comercial o empresarial ni cuenten con una organización, es decir que no califiquen como empresas.

Repárese que en la premura omiten el APE e incluyen la quiebra que a continuación excluyen. Respecto de este procedimiento entendemos que no se ha apreciado debidamente su función, ya que parece que se lo mira desde su forma clásica, más está ya no es tal, se olvida que en un comienzo del proceso se adoptan medidas de protección del patrimonio del fallido que hoy en día no solo benefician a sus acreedores en general, sino que permiten conservar los bienes que hacen a la estructura de la empresa y por ende conservar la empresa misma protegiendo una clase de acreedores que resulta vital para la sociedad, los trabajadores.

La prohibición de la declaración de quiebra parece solo mirar el deterioro que ocasionaría la acción de un tercero, pero olvida que el deterioro también puede provenir de la acción del propio fallido (a veces con más graves consecuencias). Nos preguntamos, porque no declarar la quiebra? e inmediatamente después que se adopten las medidas protectorias, frenar el procedimiento liquidatario , permitiendo la conversión del proceso en los términos del art 90 una vez cesada la emergencia. Es claro además que quedan fuera de la emergencia sin una razón lógica:

a) Los fideicomisos de administración de asociaciones civiles deportivas de primer grado comprendidas en la ley 25284, las cuales atraviesan hoy enormes dificultades y para conservarse se desprenden de los más prestigiosos deportistas profesionales: River Plate se desprende de Quinteros y Carrascal por quince millones de dólares para sostener la continuidad de la Asociación.

b) Los procesos sustitutivos de la quiebra, liquidatorios de Aseguradoras regulados por la ley 20091, desde que no se trata de concursos preventivos ni de quiebras.

c) Las liquidaciones concursales de Derecho Marítimo, abordajes, asistencias y salvamentos entre otros.

d) Las quiebras declaradas antes de la vigencia del proyecto, pues la emergencia solo comprende las que fueran incoadas con posterioridad a la vigencia de la ley, las que no obstante no podrán ser declaradas de acuerdo con la norma ya citada del artículo 2, b 5 del proyecto.

Quedan aún temas por esclarecer: ¿Qué sucede con las quiebras voluntarias de deudores que tengan actividad económica organizada y con las indirectas que se intentaran después del ingreso en vigencia del proyecto si el mismo fuera ley? El artículo 2b5 excluye "el trámite" de las quiebras contempladas por el artículo 77 de la ley concursal es decir las indirectas del inciso 1 –¿y las omitidas en dicha norma?-, las forzosas –que otros proyectos mencionan también- y las voluntarias, salvo el supuesto del artículo 4. Es claro entonces que se pone en proceso de hibernación el pedido que se concrete, pero no hay dudas a nuestro juicio que la petición de quiebra no está impedida en ninguno de estos casos, lo que no puede realizarse es tramitarlas y decretarlas, sin perjuicio que se encuentran habilitadas medidas cautelares del artículo 85 de la ley 24522.

Reformas al período de exclusividad

El artículo dos del proyecto dispone: "Por el plazo previsto para la presente emergencia y respecto de los

sujetos mencionados en el art. 1 de la presente: a) Suspéndase el cómputo de plazos procesales en todos los procesos regidos por la ley 24522 de Concursos y Quiebras en lo dispuesto al denominado período de exclusividad previsto en el artículo 43 de dicha ley. En cada proceso el juez del concurso deberá fijar fundadamente un nuevo cronograma para dicho período contemplando la suspensión dispuesta y fijando la fecha de los actos pendientes a partir de la misma. En el caso de los juicios que se inicien a partir de la vigencia de la presente ley, el plazo previsto en el artículo 43 de la ley 24522 será de 180 días, prorrogable por una vez sesenta días más".

La norma proyectada genera varias cuestiones y ciertamente algunas dudas que ya han producido interpretaciones diversas en la doctrina:

1) Alcance de la reforma: ciertamente los párrafos primero y segundo del precepto son aplicables en la emergencia, pero no la regla contenida in fine la que a mi juicio operará la modificación del artículo 43 LC y Q.

pues se refiere a todos los procesos de concurso preventivo iniciados con posterioridad a su sanción sin límite futuro, no queda la reforma acotada al plazo de la emergencia de los sujetos que fija el artículo 1 del proyecto de ley.

2) Qué se entiende por suspension del computo

• ¿Qué el plazo en curso cesa hacia el futuro, por lo que el juez al ajustar el nuevo cronograma instalará un término por los días remanentes del período de exclusividad ya en curso?

• ¿Los nuevos plazos que contenga el cronograma no serán simplemente completar los términos fijados, sino que teniendo en cuenta el período emergencial se fijarán períodos completos a partir del 31 de marzo de 2021?

• ¿ En este caso, el período de exclusividad se regirá por los plazos de la ley 24522 o por los nuevos fijados in fine en el artículo 2ª?

Gabriela Boquín interpreta afirmativamente la segunda de estas preguntas desde que, solo de esa manera se contemplará la suspensión dispuesta y los actos pendientes se concretarán "a partir de la misma". Coincidimos con esta mirada, pero agrego que el nuevo período de exclusividad quedará limitado a 90 días hábiles judiciales, prorrogables por treinta días hábiles judiciales más, desde que los nuevos términos que fija el precepto se aplican a los concursos preventivos "que se inicien a partir de la vigencia de la ley", por lo tanto no tiene efecto retroactivo.

Es evidente que las dudas que apareja la norma pueden solucionarse por vía de interpretación, pero una solución mejor hubiera sido no distinguir entre unos y otros supuestos y someter a todos ellos a un mismo régimen temporal.

Suspensiones de Pleno Derecho

De conformidad con el inciso b) del artículo segundo se suspenden de pleno Derecho y sin necesidad de petición alguna un conjunto de situaciones que principian en procesos de ejecución y concluyen con la veda de la declaración de quiebras sin excepción alguna cuando se trate de quiebras indirectas contenidas en el inciso 1 del artículo 77 LC y Q., las quiebras forzosas, es decir pedidas por

acreedor conforme el inciso 2 de la citada norma y las voluntarias del inciso tercero con la exclusión de la quiebra pedida por el deudor persona humana que no realiza actividades comerciales o empresariales sin una organización para el desarrollo de su cometido, conforme con el inciso 3 de la norma indicada, con la salvedad que emerge del artículo 4 del proyecto.

La suspensión de pleno derecho comprende: "1) Los procesos de ejecución de cualquier tipo de garantías de obligaciones financieras, incluidas la ejecuciones de garantías de cualquier tipo respecto de los fiadores, avalistas, codeudores y otros obligados respecto a las obligaciones de los sujetos concursados comprendidos en la emergencia.

2) La totalidad de las subastas judiciales y extrajudiciales incluidas las Hipotecarias y prendarias de cualquier origen que estas sean, así como también las previstas en la ley 24441, en el artículo 39 del Decreto-Ley 15348, en la ley 9643 modificada por la ley 24486, las previstas en la ley 25248 de Leasing (el leasing inmobiliario prevé un desalojo,¿ es asimilable a subasta extrajudicial?) y las previstas en el artículo 23 de la ley 24522.

3) El curso de la prescripción y caducidad de los créditos, como así también la ejecución de estos créditos a los garantes, fiadores, avalistas, codeudores y demás obligados". Como surge del texto aprobado se suspenden ejecuciones y subastas judiciales o extrajudiciales, como un claro reconocimiento que la situación patrimonial de los deudores no tiene la tacha de la mora, porque son en general consecuencia de la situación de emergencia, aunque pudieran obedecer a otras razones que no se tienen en cuenta a los fines de la aplicación de las suspensiones, porque las dispone el legislador y no el juez, y actúan de pleno derecho sin necesidad de petición, reclamo o denuncia alguna.

Conforme el apartado 1) se suspenden los procesos de ejecución seguidos contra quienes han garantizado obligaciones asumidas por un deudor que se encuentra en concurso preventivo o en quiebra con los alcances fijados en el artículo primero del proyecto, y sea que esas garantías sean cambiarias o no. Repárese que el texto indicado se refiere a un claro supuesto de garantía cartular,

al referirse a “avalistas”, pero la expresión “codeudores” permite ingresar en el alcance de la norma a todas las garantías emergente de títulos valores o de crédito. El alcance de la norma es completo pues para impedir todo debate sobre su extensión subjetiva agrega que alcanza también a “otros obligados” por obligaciones de los concursados y fallidos a quienes comprende la situación de emergencia.

La suspensión de pleno derecho llega hasta el 31 de marzo de 2021 y reiteramos alcanza a las garantías dadas o impuestas a obligaciones de concursados y fallidos a los que se les aplica la emergencia fijada en el artículo 1 del proyecto, no se refiere a los concursados o fallidos desde que respecto de estos la suspensión es connatural a su situación concursal-falencial y sucedió desde la apertura y publicidad concursal preventiva y desde la sentencia de quiebra para los casos de quiebras.

Esta solución legal impone otra que es su contrapeso natural. En efecto tal norma es la del inciso tercero, el cual comprende a nuestro juicio dos hipótesis:

a) Se suspende el curso de la prescripción liberatoria de los créditos comprendidos en el apartado primero, letra b) del artículo 2. Se suspende también respecto de todos los sujetos acreedores comprendidos en el artículo 2b2 del proyecto. Se suspende asimismo la caducidad de los derechos toda vez que los créditos y subastas son colocados en un estado que Boquín denomina de “hibernación”.

b) Se suspende también el curso de la prescripción y caducidad de los créditos contra los garantes y codeudores de concursados y fallidos comprendidos en la emergencia.

Debe destacarse que la alusión a la caducidad de los créditos, debe comprender a nuestro juicio la caducidad no solo del derecho sino también de la instancia, desde que la suspensión de los procesos no obedece a la inactividad de la parte, sino a la existencia de una norma de orden público e imperativa que debe aplicarse de oficio.

La norma proyectada establece que alcanza a los procesos de ejecución de “cualquier tipo de garantías de obligaciones financie-

ras", calificación esta que abandona a renglón seguido cuando se establece que se trata de garantías "de cualquier tipo", lo que a nuestro juicio comprende obligaciones financieras o no.

A su tiempo, el apartado 2 del inciso b) del artículo 2 dispone la suspensión de todas la subastas, sean estas dispuestas en procesos seguidos contra los deudores concursados o fallidos y contra sus garantes, sin distinguir entre el origen de los créditos que generaron procesos judiciales que condujeron a las subastas o de mecanismos extrajudiciales, los que comprenden todos los supuestos como claramente se establece por la remisión al artículo 23 de la ley 24522.

Quedan por esclarecer varios problemas y especialmente ¿Qué sucede con los intereses que corran durante toda la suspensión de la subasta? En casi todos los supuestos los compensatorios continúan su curso contra los garantes y contra el concursado o fallido, pero también correrán los moratorios o punitorios contra los codeudores no concursados? No podemos aventurar una respuesta a estos interrogantes pero en principio y aunque nos pareciera que debe darse una respuesta positiva, la negativa tiene también lógica desde que se afecta la igualdad respecto de los restantes acreedores, los que ven incrementarse el pasivo de su deudor por aplicación de una ley, respecto de la cual no rige la norma del artículo 146 de la ley 24522.

En los últimos dos incisos establece el artículo 2, letra b): "4) En los casos de acuerdos concursales judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de la ley 24522 de Concursos y Quiebras, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor se prorrogan por el término de un año desde el vencimiento originariamente previsto. Las cuotas ya vencidas e impagas serán exigibles a partir del día en que cese el estado de emergencia a que se refiere el artículo primero. 5)El trámite de los pedidos de quiebra, en los casos contemplados en el artículo 77 de la ley 24522 de Concursos y Quiebras, excepto para las medidas previstas en el artículo 85 de dicha norma". El apartado 4 constituye la creación de una moratoria legal para los créditos novados por la homologación de un acuerdo preventivo sea este judicial o extrajudicial, y distingue los casos en los que el plazo se encuentre

cumplido, en cuyo caso la exigibilidad operará –de pleno derecho también- el día siguiente al fijado en el artículo 1, es decir a partir del 1 de abril de 2021. En cambio para los plazos que venzan desde la sanción de la ley la moratoria se extiende por el plazo de un año contado desde la fecha del "vencimiento originariamente previsto". Nos parecen atinadas ambas soluciones, pues ellas son las consecuencias del distinto supuesto y condicen con la finalidad de la normativa emergencial.

Se ha omitido regular la moratoria de acuerdos que dieran lugar a avenimientos aprobados o los que son consecuencia del fideicomiso de la ley 25284, sin que se adviertan razones atendibles para la omisión. A nuestro juicio se trata de un olvido que bien podría remediarse en la instancia senatorial del tratamiento del proyecto.

Conforme el apartado 5 del artículo que estoy analizando, de pleno derecho con la vigencia inmediata cuando la ley sea sancionada, se suspende el trámite de declaración de quiebras del artículo 77 LC y Q. cuyo contenido debe extenderse a supuestos de quiebras indirectas que no contiene el inciso 1, tales como el desistimiento de la propuesta, el incumplimiento o nulidad de un APE, la frustración del régimen de la ley 25284, o cuando a criterio del juez no pueda aplicarse la misma, etc. Respecto del trámite de las quiebras forzosas que se peticionaran vigente el hoy "proyecto", la norma no tiene excepción por lo que se aplicará a la que fuera pedida por el BCRA respecto de entidades financieras. En cuanto a las voluntarias la excepción queda acotada al supuesto regulado por el artículo 4 del proyecto que apunta a corregir por el discharge la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse la persona humana que no actúa empresarialmente.

Destacamos que se suspende el trámite del pedido, tanto respecto de las quiebras pedidas antes de la vigencia de la ley de emergencia, como las que se peticionaran durante su aplicación. Aclaro que se suspende el trámite del pedido y como consecuencia de ello también de la declaración de quiebra, pero a nuestro juicio nada obsta a que se peticione la quiebra por los acreedores o interesados en los supuestos de los artículos 51,53,54 y concordantes de la ley 24.522.

Las quiebras que estuvieren declaradas a la fecha de la sanción de la ley emergencial habrán de continuar su trámite, pues no están incluidas en el artículo 1 del proyecto, y podrá llevarse adelante la liquidación, salvo de los bienes comprendidos en la suspensión de subastas contemplada en el apartado 2 del artículo bajo análisis.

Limitación de la tasa de justicia

Art. 3: "En el caso de homologación de los acuerdos en concursos preventivos alcanzados por el estado de emergencia dispuesto en el art. 1, la Tasa de Justicia que corresponde determinar conforme a la ley 23898, será calculada tomando como base el monto total del acuerdo homologado con sus quitas si las hubiere, excluyendo los acuerdos homologados respecto de acreedores privilegiados si correspondiere, si no fueron comprendidos en una categoría del acuerdo".

El precepto del artículo 3 del proyecto con media sanción es una norma aplicable únicamente a los concursos preventivos que comprende la emergencia, ya que singularmente no se refiere a los acuerdos preventivos extrajudiciales.

Por otra parte su alcance se limita a la CABA desde que cada provincia regla los impuestos que gravan la actividad jurisdiccional, o sea solo comprende concursos preventivos que han tramitado con intervención de la Justicia Nacional de Comercio.

A los efectos del cálculo de la tasa toma en cuenta el monto total alcanzado por el acuerdo homologado considerando las quitas que afectan a las obligaciones novadas, si las hubiere. Excluye del cálculo el monto de los créditos privilegiados comprendidos en un acuerdo a ellos destinado. Si solo existiera un acuerdo que alcanza a créditos con privilegio, si será tenida su importancia en cuenta a los fines del cálculo de la tasa de justicia.

Pese al limitado alcance de la norma, su idea e inspiración se coloca en la dirección correcta, por lo que sería prudente y por demás aconsejable que las provincias siguieran en la misma dirección.

La norma deja sin resolver la situación de los créditos que arriben a la verificación con posterioridad a la homologación del acuerdo preventivo y los que se demande la verificación con posterioridad a la misma, en los casos contemplados por el artículo 56 LC y Q. El vacío se completa diciendo que la tasa ya está abonada y que la que corresponda a ese crédito se resuelve dentro del incidente o la acción que correspondiera.

Quiebra voluntaria de la persona humana

Art. 4: "Exceptuase de la suspensión dispuesta en el punto 5 del inciso b) del artículo 2 de la presente ley a las quiebras de personas humanas que no desarrollen actividades comerciales ni empresarias, y que carecen de actividad económica organizada, cuando sea declarada en los términos del inc. 3 del art. 77 de la ley 24522, de concursos y quiebras. En las quiebras comprendidas en el presente artículo, el juez del concurso adoptará las medidas conducentes para la rehabilitación de la persona humana y protección de su dignidad y de su grupo familiar".

Dos observaciones en punto a las palabras mal empleadas en la norma. En primer término la referencia al juez del concurso, cuando se está regulando una quiebra y en segundo lugar el empleo repetido en nuestras leyes de la palabra "rehabilitación" (también alude a ella el artículo 107 de la ley 24522), cuando debió decirse "fin de la inhabilitación" toda vez que no existe un mecanismo calificatorio del cual debe reponerse al deudor, sino una inhabilitación temporal para la persona humana y definitiva para las personas jurídicas. Conforme nuestro sistema legal y la doctrina fijada por la Corte Suprema en "Barreiro", el fin de la inhabilitación se produce de pleno derecho al cumplirse un año de la sentencia de quiebra, pero nada impide al deudor no sometido a proceso penal, requerir el cese ante tempus, en cualquier momento posterior a la sentencia de quiebra.

El inciso 3 del artículo 77 de la LC y Q regla la denominada "quiebra voluntaria", es decir la quiebra directa instada y pretendida por el deudor. Respecto de las quiebras voluntarias el artículo 2 letra b) apartado 5 dispone la "suspensión de pleno derecho" del

trámite de los pedidos de quiebra sin que tal suspensión impida la adopción de medidas cautelares en tutela del patrimonio cesante y de los derechos de los acreedores en los términos del artículo 85 de la LC y Q. El artículo 4 del proyecto constituye la excepción a dicha suspensión, que solo comprende a las quiebras directas en las que el deudor persona humana que no desarrolle actividades económicas organizadas, "comerciales o empresarias". Si solo comprende la excepción a la suspensión el indicado supuesto del inciso 3 del artículo 77 LC y Q. no quedan comprendidas en la ella: 1) La quiebra indirecta por el desistimiento de la propuesta formulado por el concursado preventivamente, 2) Confesión por el deudor de la imposibilidad de cumplir el acuerdo homologado, 3) la quiebra por falta de pago de los honorarios del artículo 54 LC y Q. 4) Cuando la quiebra se declare pendiente el cumplimiento del acuerdo, pero a mi juicio por una interpretación finalista de la norma, este caso tipificaría como quiebra directa exceptuada de la suspensión del trámite, cuando es pedida por el propio deudor.

Como bien destaca Gabriela Boquín –en brillante conferencia en el marco del Primer Congreso Internacional de Derecho Concursal, realizado en Lima los días 27 y 28 de agosto de 2020- la norma apunta a la tutela de la dignidad de la persona humana y de su familia, en situaciones de alta vulnerabilidad. A juicio de la colega el juez debe proceder de inmediato a la discharge del deudor sin aguardar ni su petición ni el transcurso de plazo alguno. Me queda seriamente la duda si dicha posibilidad puede ejercerse si el deudor está sometido a proceso penal, creo que la tutela no ha llegado aún a ese extremo.

Aplicación inmediata

Art. 5: "Las disposiciones de la presente ley entrarán en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial".

La urgencia de la situación –que parece no haber sido comprendida por el Senado Nacional que no había considerado la media sanción a casi dos meses y medio de elevado el proyecto producido en la Cámara de Diputados- impone la aplicación inmediata de la ley, como claramente establece el artículo 5 transcripto. Se trata de

una ley donde campea vigorosamente el orden público, no solo por su finalidad sino también por el ámbito social en la que llegará a ser sancionada.

El paso por el senado

Tras dos meses y medio de demora, por cierto sin justificación (creemos confundió urgencia y emergencia, adecuando su conducta a la primera de ellas), el Senado de la Nación aprobó por sustancial mayoría el proyecto concluido el 31 de julio en Diputados, modificando únicamente el artículo primero y reduciendo el alcance de la emergencia de manera tal que, a nuestro juicio, es censurable.

Un aspecto positivo – el único- es extender el lapso de la emergencia hasta el 30 de junio de 2021. Grispo, en trabajo publicado de manera remota, analizando el proyecto en su conformación en el Senado dice: "El 15 de octubre de 2020, la Honorable Cámara de Senadores de la Nación consideró el proyecto de reforma a la Ley de Quiebras en el marco de la emergencia sanitaria por la pandemia de coronavirus. Se aprobó el texto pero con ciertos cambios que constituyen un claro retroceso respecto de los alcances que el proyecto aprobado en Diputados el 31 de julio pasado había consensuado. El texto aprobado en Senadores tiene dos variantes: una positiva, y otra muy negativa, al extremo de tornar inviable en la práctica los objetivos perseguidos por el legislador". Coincidimos con el autor indicado en que el aspecto positivo es el más simple: "en lugar de declarar la emergencia hasta el 31 de marzo de 2021 como estaba originalmente previsto, se extiende el plazo hasta el 30 de junio de 2021 … La extensión resulta positiva, en tanto la demora que se produjo en el tratamiento de esta ley en la Cámara de Senadores resultó por demás injustificada".

El artículo primero en la versión de la Cámara de Senadores dice lo siguiente: "Declárese, hasta el 30 de junio de 2021, la emergencia de los sujetos comprendidos en los procesos de concursos preventivos y acuerdos preventivos extrajudiciales cuya formulación se hubiese solicitado o peticionado a partir de que el Poder Ejecutivo nacional declaró la emergencia sanitaria por medio del

decreto 297/20, así como también de los sujetos comprendidos en los concursos preventivos que se peticionan y en los trámites de quiebra que se inicien desde la vigencia de la presente ley y hasta dicha fecha".

"Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior los sujetos que, entre el período de sospecha que fija el artículo 116 de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras y hasta dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, realicen cualquiera de las siguientes operaciones detalladas a continuación:

a) Giros o transferencias al exterior en concepto de atesoramiento o por cualquier otro motivo; mediante las cuales los beneficiarios sean sus propios accionistas, socios, integrantes o entidades (empresas, fideicomiso

o similar) vinculadas directa o indirectamente, y dichos fondos no hayan sido repatriados.

b) Erogaciones a países categorizados como no cooperantes o de nula o baja tributación de acuerdo a lo prescripto por los artículos 19 y 20 de la ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 2019, en este caso por cualquier concepto.

c) Adquisición de títulos valores en pesos para su posterior venta en moneda extranjera y sean transferidos en custodia al exterior; o adquisición de títulos en pesos para su posterior liquidación de compras al extranjero.

d) Constitución de cualquier activo financiero en el exterior y no se haya efectuado su repatriación dentro del período citado".

El largo y tedioso texto transcrito da una muestra de la poca claridad con que el legislador encaró el tratamiento jurídico del tema en cuestión, ganando más peso el contexto de declaración política, que el texto que lleva implícito en su contenido.

Destaco errores conceptuales como la referencia al "período de sospecha", cuando se refiere al plazo máximo de retroacción en búsqueda de la fecha inicial del estado de cesación de pagos y la referencia a los países no colaborantes o paraísos fiscales de una lista que no hemos podido verificar ni controlar. La contradicción

entre la política económica que propone sustituir el dólar "blue" por el contado con liquidación y estimula estas actividades en tanto que aquí se le excluye de la tutela legal, tal vez por seguir la política económica propuesta.

Para Grispo dos cuestiones son severamente negativas: "La primera es el texto que hemos resaltado…, y el segundo es de un tinte claramente político donde entendemos ahora no tiene sentido alguno su análisis (son las exclusiones mencionadas en los incisos a, b, c y d)".

Declárese, hasta el 30 de junio de 2021, la emergencia de los sujetos comprendidos en los procesos de concursos preventivos y acuerdos preventivos extrajudiciales cuya formulación se hubiese solicitado o peticionado a partir de que el Poder Ejecutivo nacional declaró la emergencia sanitaria por medio del decreto 297/20, así como también de los sujetos comprendidos en los concursos preventivos que se peticionan y en los trámites de quiebra que se inicien desde la Vigencia de la presente ley y hasta dicha fecha.

El cambio concretado por el Senado a diferencia del Proyecto de los Diputados es claro: "este último alcanzaba a todos los deudores urbi et orbi, o sea a todos los deudores en estado de cesación de pagos, con procesos presentados antes o después del 20 de marzo de 2020. No se hacía diferenciación alguna, lo cual es jurídicamente correcto".

En nuestra opinión el proyecto de Diputados era el correcto pues la pandemia, la cuarentena y todas las pandemias que vive la Argentina en este momento, afectaron a todo tipo de empresas. Las que se concursaron antes del 20 de marzo de 2020, las que se concursaron después, y las que aún no lo hicieron a la espera de esta ley". Debemos destacar que la pandemia en general agravó una crisis que ya se advertía desde comienzos del año 2017,pero que existía latente desde mucho antes, la que se evidenciaba en la pérdida del poder de compra de los argentinos en primer lugar, luego en el endeudamiento de las familias y el retroceso y cierre de empresas pequeñas y medianas. Porque no extender la tutela como lo hacía el proyecto de Diputados?

Dice Grispo y con el coincidimos: “No olvidemos que la economía nacional ya estaba mal desde 2018 en adelante, lo cual generó graves problemas y la presentación en concurso de empresas de todo tipo y tamaño. La pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo pasado y receptada en nuestro país por el Decreto presidencial de Necesidad y Urgencia 297/20 marcó el punto de partida del aislamiento obligatorio social y preventivo de toda la nación, que trajo como consecuencia una nueva pandemia: la económica. No tiene sentido ni justificación jurídica alguna, y por ende resulta inconstitucional, el punto de inflexión que se marca en el texto aprobado por la Cámara de Senadores”.

Del debate parlamentario se desprende claramente que la causa de lo rectificado por la Cámara Alta, es no prohijar la aplicación del sistema al caso “Vicentín” y para ello se limita la eficacia de un sistema que permitía resguardar a las empresas y consumidores. Dudosa constitucionalidad tendrá una normativa que discrimina negativamente, a diferencia de Grispo, tenemos dudas si “terminará por ser declarado inconstitucional abriendo la puerta para su aplicación tanto a los incluidos como a los excluidos”.

La emergencia es para todos, porque a todos nos alcanza, no solo para algunos.

§ 3.6. Contratos, concursos y pandemia. La insolvencia y la crisis COVID 19

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Dr. Andrés A. Garaguso y Dr. Guido Rossi

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

Los efectos de los concursos, quiebras, liquidaciones sustitutivas de estas últimas y procedimientos de fideicomisos de administración bajo control judicial sobre los contratos en curso de ejecución no deben ser juzgados solamente por las leyes generales, sino que deberá en tiempos de pandemia como la presente ser armonizados con normas especiales, todo en el marco que constituyen los principios contenidos en los artículos 138,143,144,145,146 y 159 de la ley 24.522.

FUNDAMENTACIÓN

La pandemia y los contratos en curso de ejecución en los concursos.

Los procesos concursales, sean estos preventivos o liquidatorios, como también el procedimiento de fideicomiso de administración de asociaciones civiles deportivas de primer grado conforme las leyes 24522 t. o., 20091 y 25284, constituyen una situación de alta especialidad que afecta el curso normal de los contratos, modifica su eficacia de un modo categórico, ya que en algunos supuestos tales contratos se resuelven, en otros supuestos deben cumplirse y en otros se difiere la decisión al contratante in bonis, al síndico o al juez del concurso.

La crisis que ya ha provocado, y con certeza seguirá provocando la PANDEMIA de Coronavirus, **constituye un supuesto de fuerza mayor**, que impacta en los contratos, en algunos caso de una manera inmediata –como ocurre con la vigente suspensión de los

desalojos, o la veda del corte de servicios públicos en contratos de suministro esenciales, **en tanto que en otros lo será de manera mediata**, o sea por los efectos que aquella ocasiona en los factores de la economía.

Los factores en cuestión pueden resumirse del modo siguiente:

a) Bienes: la crisis provocada por el COVID 19 ha tornado esenciales bienes que antes eran importantes pero no afectaban más que a sectores marginales de la economía. Repárese que para importantes sectores medios el ASPO ha generado una capacidad de ahorro para ellos en la misma medida que se caen los consumos de bienes que no son ya imprescindibles. Otros bienes reputados "no esenciales" han sido relativizados o excluidos de los mercados, generando una retracción en el consumo que ha colocado en crisis a sectores de la producción y comercio que en tiempos ordinarios son invulnerables a las contingencias naturales de los mercados. El alcohol, los barbijos, los insumos médicos y los remedios, entre otros, se encuentran en el primer lugar. La actividad recreativa, turística y gastronómica se ubica entre los que han incrementado la capacidad de ahorro de los sectores medios con mayores ingresos. Entre los último se encuentran evidentemente la industria y el comercio asociados a la moda –vestimenta, calzado, cosméticos, etc- los cuales han sido puestos a un costado por motivo exclusivo de la Pandemia. Estos cambios y la desaparición del transporte interjurisdiccional e internacional traen al mercado local o general cambios profundos que demandan intermediaciones a través de mandatos o comisiones para concretar acciones que antes eran personales. Del mismo modo los mecanismos de comunicación y los medios informáticos han pasado a ser **Todos esenciales y servicios públicos**.

b) Agentes económicos: más allá de la presencia cada vez más relevante del estado, los agentes económicos son arrastrados a situaciones que en economías y tiempos normales son excepcionales. Familias endeudadas a esta altura de la crisis en sumas que superan el millón de pesos, aclaro que eran setecientos mil pesos en julio. Consumidores agobiados por los recargos e intereses lesivos e inmorales que gravan sus saldos en las tarjetas de crédito. Pequeñas empresas que han perdido potencia y capacidad de adaptación

al cambio y se han endeudado al quedar fuera de la calificación de esencial. Todos estos supuestos y muchos otros, imponen una acción legislativa que los preserve de males mayores, tales como la pérdida del empleo, de la vivienda, del sistema de salud, de la conectividad, etc. En este aspecto está en deuda el Senado de la Nación que no ha considerado aún el proyecto aprobado por unanimidad en Diputados el 30 de julio de 2020.

c) Moneda: Las restricciones cambiarias impuestas por el fracasado gobierno pretérito en 2019 –agosto- y su agravamiento en setiembre 2020 por el actual, han operado una situación especial. Es verdad que el argentino atesora en divisas y no en otros bienes! Así las cosas y ante las restricciones sucedidas se ha producido un desconcierto que priva de valor a la moneda de cambio y coloca a la divisa en un podio diferencial con diversos accesos. Hay dólares que valen 55 pesos (exportación gravada con retenciones), otros 73 pesos (esos aplicados al comercio exterior no gravado con retenciones y la referencia base para los dólares de atesoramiento sobre la cual se calculan el impuesto país y el anticipo del impuesto a las ganancias), 133 pesos el dólar ilegal y 140 el dólar bursátil o contado con liquidación. En la cúspide se encuentra este último que es la unidad de medida de los costos de los demás productos. Esto genera un deterioro de la moneda "de a pie" y si bien se controla hay una inflación especulativa que en tiempos de pandemia es más que ilegal, es aviesa e inmoral.

d) Estructuras negociales: Estas estructuras no han sido modificadas más que en algunos contratos y sectores especiales. Suspensión de desalojos, prórroga en el pago de los créditos UVA, consideración de la conectividad como un servicio público imprescindible, la veda de interrupción de servicios esenciales, etc. Pero la crisis ha agudizado el ingenio de los operadores para torcer las finalidades de las leyes especiales tales como la reducción de la calidad de los servicios o de los bienes comprendidos en tales negocios, de allí que la defensa del consumidor es "hoy más y con más fuerza que nunca" como dijera Morcecian en magnífica exposición concretada por Zoom en el Instituto de Derecho Comercial de Dolores en julio del corriente año.

e) Mercados: La distorsión generada por las restricciones al transporte y el ingreso de bienes esenciales en algunas jurisdicciones ha provocado el crecimiento estelar de los mercados remotos en detrimento de los reales y presenciales. Es comprensible que no se permita el ingreso sin cuarentena en varias provincias de transportes de bienes que venían del AMBA…hoy es lamentable, pero el COVID 19 puede venir con el vino de Mendoza, San Juan, La Rioja, Salta o Rio negro, con el / aceite o la polenta de Santa Fe, con los frutales de Coronda, con los envases elaborados en La Matanza, etc. Esto retraerá la funcionalidad de los mercados evidenciando una fuerte distorsión en su consecuencia que son la calidad y los precios.

f) El crédito: Esa generalizada confianza en la atención regular y puntual de las obligaciones asumidas viene deteriorada después de dos años altamente inflacionarios como fueron el 2018 y 2019, y si bien se admiten algunos signos de recuperación ella es directa consecuencia de la acción del estado: créditos a tasas inferiores a las del mercado, créditos a tasa cero con funciones específicas vinculadas con el empleo, limitación de las tasas de interés en las operaciones cumplidas mediante tarjeta de crédito…faltaría acotar las comisiones elevadísimas que pagan los comerciantes para contar con el mecanismo de comercialización que rodea el sistema bancario de aquellas.

Frente a esta realidad y ante supuestos de gravedad colectiva para los concursos y

Universal en relación con la pandemia, se quiebra el molde de lo que se ha considerado como natural y ordinario. Se produce un cambio en lo subjetivo y será necesario que los operadores –síndicos, jueces y abogados- sumen su voluntad para que en la emergencia su actividad no sea responsable de agravar la crisis. El juez deberá ejercitar la prudencia al habilitar la continuidad de los contratos en curso de ejecución (arts. 20 y 144 de la LC y Q.), el síndico deberá extremar su cuidado cuando le ha sido diferida la opción de intervenir en la continuidad negocial o la resolución del contrato, cuando ejercita las mandas de los artículos 146, 189 y 190 de la ley de concursos.

La situación presente tiene un doble marco: el de la insolvencia y el de la pandemia. La pandemia no puede imputarse a la responsabilidad de ningún agente económico. La insolvencia debida a la pandemia en forma exclusiva tampoco puede ser imputada al agente, pero si obedece a otras causas en las que lo pandémico es concausal, el sistema abre una valoración sobre la conducta empresaria en el marco del derecho laboral (arts. 294 LC y Q. y 251 LCT) y del derecho penal (arts. 176 y siguientes del Código Penal de la Nación), debiera analizarse como lo propone Efrain Hugo Richard establecer la situación desde la perspectiva del derecho societario. No puede faltar un análisis desde la Defensa de la Competencia como lo propone la doctrina penal económica.

Ahora bien dentro del marco de la pandemia debemos volver a estudiar conceptos que nos eran claros en función de la insolvencia. Tales los casos de sobre endeudamiento del consumidor o del empleado y la irrupción en el sistema jurídico de la tutela del vulnerable. Hoy el COVID 19 nos obliga a releer todo el derecho con una mirada distinta.

Por ejemplo, la sanción de la ley 24522 produjo un desajuste en cuanto a los efectos **solo falenciales** de la declaración de quiebra sobre los contratos de agencia, concesión, franquicia, distribución y representación, los que se siguen considerando resueltos en forma automática por la quiebra, conforme el artículo 147 LC y Q. Ya la norma colocaba en debate su eficacia si la sentencia era revocada o anulada, algunos autores entendíamos que el contrato se restauraba entre tanto otros sostenían precisamente lo contrario. Pero al regular la conversión y tornando la quiebra en concurso preventivo, el debate se acrecienta porque entra en juego el artículo 22 y quedan en entredicho la solución e interpretación clásicas con los principios emergentes de los artículos 144,146 y 159 de la normativa especial. Es evidente que en el marco de la pandemia no puede sostenerse primorosamente “el contrato quedó resuelto” si días después se convierte la quiebra en concurso preventivo o si se dispone la continuación de la explotación de la empresa.

Respecto de los contratos en curso de ejecución conforme el artículo 144 deben ser oídos interesados que no son partes y si media continuación de la explotación se impone al síndico informar, en-

tre otras cosas sobre la "ventaja que pudiere resultar para terceros" por virtud de aquella. Pero ¿Qué son terceros para el artículo 190 LC y Q.? Es evidente que la norma se refiere a quienes no son parte en el proceso y a los trabajadores que no sean acreedores, pues a los acreedores se refiere el inciso 2 del artículo 190 LC y Q. Terceros son consumidores, proveedores no acreedores, empresas parte del proceso productivo, competidores, etc. es decir, como hace cuarenta años nos explicaba Osvaldo Maffía "todos aquellos que sin parte en el proceso están ligados a la suerte y destino de la empresa socialmente útil", los "intereses generales" a los que se refiere la CSJN cuando se refiere al "bien común" (Caso "Alit). Repárese que la ley 24522 representó un paso atrás en esta materia, ya que el artículo 182 de la ley 19551 permitía al juez analizar si la interrupción de la actividad de la fallida perjudicaba el interés general, cuestión ajena a la decisión y valoración sindical.

A su tiempo el artículo 185 de la ley 19551 negaba al contratante in bonis el derecho a resolver el contrato en curso de ejecución. La derogación de ambos preceptos no pudo soslayar el interés general, que aparece insinuado en los incisos 2 a 5 del artículo 190, incisos 1 a 6 del artículo 191 y 192 de la LC y Q. Los contratos en curso de ejecución -sin distinción alguna- no se resuelven si a juicio del síndico, coadministrador o cooperativa de trabajo o persona jurídica integrada por los trabajadores o acreedores laborales de la fallida, esos contratos y las prestaciones que suponen son necesarios para cumplir los objetivos: evitar una grave disminución del valor de realización de los bienes de la empresa o de esta como unidad o para completar un proceso productivo en marcha, y/o para conservar las fuentes de trabajo y los empleos que la fallida provee. Ante esta situación no existe resolución de pleno derecho ni puede resolver el contrato por la voluntad de la parte in bonis.

Los contratos en el esquema concursal no se resuelven si media continuación de la explotación de la empresa o de uno o varios de sus establecimientos si se los consideran necesarios a los fines aludidos. Pero la Pandemia COVID 19 agrega un elemento más, que no surge de la ley positiva pero se debe considerar como parte del interés general, por lo que tampoco se resolverán los contratos cuando de ellos derive una utilidad social que el juez estime como

una “necesidad”.

El pacto comisorio pactado para el caso de quiebra será ciertamente nulo aunque la ley no lo precise en forma expresa, pues ampara tal solución lo reglado para un caso análogo (locación, artículo 193 in fine LC Y Q.) Y PORQUE LA ANALOGÍA ES LA REGLA QUE IMPONE PARA CASOS NO REGLADOS EL ARTÍCULO 159 DE LA LEY CONCURSAL. Si bien puede argüirse que no puede aplicarse una sanción solo por analogía, es cierto que ante la crisis el acto de pactar una cláusula como la indicada atenta contra el orden público y social como si se tratara de la ejecución de un acto prohibido por las leyes.

§ 3.7. El llamado concurso del vigilante

Por Dr. Adolfo Rocha Campos

Instituto de Derecho Comercial y Patrimonial de Azul

PONENCIA

El concurso sin bienes debe tener un tratamiento especial.

Esta ponencia se inscribe en el ámbito de varios problemas que en parte se superponen.

Uno, el de los concursos con activos ínfimos, producto generalmente de personas asalariadas.

Otro, el de no atribuir facultades mágicas a la Ley de Concursos, haciéndola extensible a situaciones de crisis económicas para las cuales no fue diseñada.

Y el último es una visión ecológica de la organización de justicia, siguiendo la línea de la ponencia presentada en Bahía Blanca (11/9 "El Juez como consumidor "), en la cual se planteaba la necesidad de limitar al máximo la producción de basura jurídica.

1. Pobres eran los de antes

Véase el siguiente cuadro de oposición.

RICOS	POBRES
Polainas	Alpargatas
Galera	Gorra
Carruaje	Tranvía
Riqueza	Salario
Frac	Overol
Palacete	Conventillo

Barrio Norte..... Arrabal

Vals vienés..... Tango

Opera..... Sainete

Discurso parlamentario..... Huelga

Estatua de antepasado..... Bomba

Aristocracia patricia..... Plebe

"Con los amigos "Comíamos llorando
Que el oro me produjo el pan mugriento y
Pasaba con afán las horas yo duro
Y de mi bolsa al poderoso influjo que en esa hora de
Todos gozaban de esplendente miseria
lujo Pero mi madre no". mi mano mendigó".
"De los placeres "Camino del taller
que da el dinero va Josefina
en otro tiempo la que en el baile ayer
los tuve yo. la iba de fina.
Y en esas noches La reina del salón
de crudo invierno ella se oyó llamar
en auto propio del trono se bajó
llegué al Colón" para ir a laburar".

Polo..... Fútbol

Biarritz.....Balneario de la Costanera Sur

Harvard.....Ley 1420

Jockey Club.....Biblioteca anarquista

Lugones..... Almafuerte

Rubén Darío.....Contursi

Etc., etc., etc., etc.

Pero poco a poco los pobres fueron mejorando su situación.

Jornada de 8 horas, Descanso dominical, Ley de Accidentes de Trabajo, Ley de Despidos, Jubilaciones, Sindicatos, Ley de Contrato de Trabajo, Hoteles sindicales, Convenios colectivos de trabajo, Obras sociales, Barrios del sindicato, Préstamo para casa BHN, Representantes sindicales en el Congreso, Derechos de huelga, etc., etc., etc.

Y todo eso se proyectaba sobre un mítico paraíso perdido (República Argentina 1946-1955) en el cual Perón combatía al capital y Evita repartía ese dinero a los pobres, "Mundo Bairoletto" que permitía que la mejora salarial viniese condimentada con el dulce sabor de la venganza…

"¡¡Peligro, peligro!!" dijeron los ricos. "¡Cómo es posible que nuestros inferiores naturales, que ya nos han expulsado de Mar del Plata, amenacen nuestros justos derechos!".

"¡Algo debemos hacer para mantener nuestra natural superioridad sin provocar disturbios, siempre tan molestos!".

Entonces se produjo este intercambio de ideas.

-Rico I: Ya está! –dijo un rico inteligente, que también los hay- Inventemos algo que les permita parecerse a nosotros, pero que en el fondo los mantenga en su natural condición de servidumbre , algo que les permita comprar sin plata pero que los endeude para siempre: ¡¡¡**la tarjeta de crédito**!!!

-Rico II: "Así pueden comprar aún sin tener dinero".

-Rico III: "Y si no tienen para pagar el saldo, les refinanciamos el saldo con plazos e intereses".

-Rico IV: "Y cuando no puedan pagar, se lo refinanciamos de nuevo o les damos un crédito con intereses, pagan algo, sigan debiendo y pueden seguir comprando".

-Rico V: “O les damos otra tarjeta para que la usen hasta el límite y después con un pequeño pago, les damos más crédito y así sucesivamente”.

-Rico VI: “Y les vendemos las porquerías que nosotros fabricamos, que se rompen cada dos por tres y así estarán obligados a comprar otras y los convencemos de que la nueva forma de ahorrar es gastar”.

-Rico VII: “¡Perfecto! Así estarán nuestros inferiores siempre endeudados y sentirán su dependencia donde más les duele, en el bolsillo”.

-Rico I: “¡Perfecto! Veo que han comprendido perfectamente mi idea. Hombres endeudados son hombres temerosos. Hombre temeroso es un hombre que no quiere que nada cambie. Por lo tanto, el resultado de este mecanismo es **“tarjeta de crédito mata che guevara”**.

El concurso del vigilante

2. Historia del vigilante y su tarjeta de crédito

En nuestra sociedad hay dos formas de obtener dinero.

a)Una de ellas se reduce a la fórmula “comprar barato y vender caro”.

Se supone que se gana dinero en la operación y con esa diferencia se vive (en los múltiples aspectos que esa frase comprende).

Además, si queda algo después de vivir, se pueden crear otras entidades que se rijan por CB y VC, así hasta que se agoten las diferencias.

Caben en esta estructura económica que podemos diseñar como una pirámide, los siguientes integrantes.

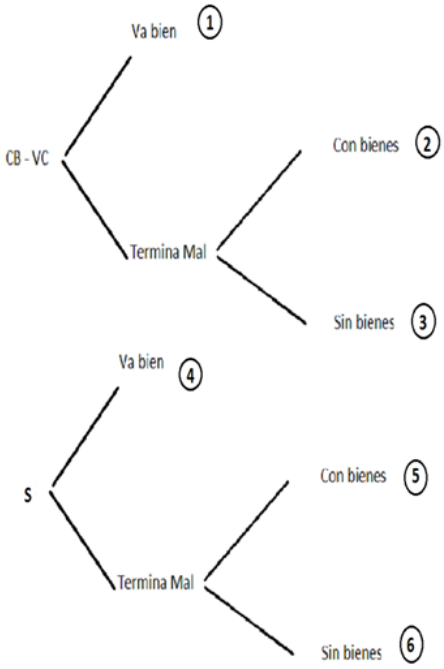
En la cúspide las grandes sociedades transnacionales, luego todas las organizaciones jurídicas del Derecho que sirven para ganar dinero (pluripersonales o unipersonales). O sea comerciantes de todo ramo y tamaño, profesionales independientes (ídem) hasta

culminar en el que nos abre la puerta del taxi (“ a voluntad”).

b)La otra forma de obtener dinero es que una persona se pone al servicio de otra y esta le paga una suma fija (salario).

Con lo que se gana, se vive (iguales consideraciones anteriores). O se crean nuevas unidades de CB y VC. Los sistemas se entrecruzan y no pueden existir el uno sino en simbiosis con el otro.En este ámbito caben los que trabajan por una suma fija que se la paga un superior. Desde los Directores y CEOs de las multinacionales más toda la burocracia oficial o privada necesaria para que el mundo funcione. Ponemos en el fondo la empleada doméstica que trabaja por horas.

Ahora bien, ambos mundos pueden tener éxitos o fracasos. Porque en ambos mundos para sobrevivir se necesita trabajo, empeño e inteligencia.A algunos le va bien y a otros les va mal (todo dependen de múltiples factores). Pero en ambos mundos el fracaso puede ser total (o sea no queda nada para repartir a los acreedores) o el fracaso es parcial (queda algo para repartir a los acreedores). Esto nos permite hacer el siguiente cuadro sinóptico.



Este cuadro sinóptico precisa una condición que deberá establecerse vía legislación.

El Juez deberá conocer, en forma más que rápida, si hay bienes o no hay bienes para impulsar el proceso por la vía correspondiente.

Ese conocimiento puede provenir:

1) Del peticionante del concurso. Ya sea del sujeto que pide su concurso o un acreedor peticionante.

2) De los restantes acreedores.

3) De averiguaciones preliminares y rápidas del síndico.

Una vez establecidas estas pautas de análisis, veamos cómo se aplican al esquema propuesto.

1) Los casos (1) y (4) no ofrecen mayores problemas; cuando las cosas van bien, no se causan mayores dificultades al sistema tribunalicio.

2) Caso (2) se aplican las normas regulares de la L de C más el aditamento de la previa determinación de la existencia de bienes.

Caso (3) se aplica la L de C. Se publican edictos, los acreedores presentan sus títulos contra el síndico, este presenta un informe preliminar en el cual se enumera quien verifica, por qué monto, causa del crédito y privilegio que reclama.

Los acreedores pueden efectuar observaciones a los créditos presentados.

Culminada esta etapa, **se paraliza el expediente**.

El síndico no presenta informe alguno (¿para qué vamos a hacer trabajos sobre créditos que no se van a pagar?).

Por las mismas razones el Juez no resuelve nada sobre la verificación de los créditos.

Por las mismas razones el síndico no presenta el informe general del art.39.

Por las mismas razones (el expediente paralizado) si el síndico o los acreedores han presentado acciones de recomposición patrimonial,

se esperará el resultado de esto.

El lema sería: “El expediente se mueve cuando hay algo para repartir”.

Si esa condición no se cumple, estamos produciendo basura jurídica (Ponencia del autor, Bahía Blanca 2019).

El caso (5) es el más complejo, el que da título al trabajo y merece consideraciones especiales.

Una consideración previa.

Todos los casos que se rigen bajo la sigla CB y VC, cuando empiezan los problemas cuando no se pueden pagar los créditos (o sea cuando se entra técnicamente en cesación de pagos).

Las causas pueden ser múltiples.

Se compró mal y se vendió mal, hubo problemas aduaneros, bancarios, laborales, guerras, revoluciones, huelgas, etc.

Este panorama tan amplio y complejo necesita que el Juez cuente con asesoramiento contable, a veces de alto nivel.

En cambio, la actividad que se rige bajo la sigla S (salario) , la cusa es muy sencilla: se gastó más de lo que ingresó.

Debajo de este hecho tan simple, laten una gran cantidad de sub-causas que pueden ser: gastos suntuarios, garantías mal otorgadas, ludopatía, adicciones de todo tipo, enfermedades, necesidad de ayudar a hijos u otros parientes, accidentes, despidos, huelgas, cierre de fábricas, etc.

Esta enumeración nos indica que así como en el concurso de una S.A necesitamos apoyo contable, en el concurso del vigilante el principal asesor del Juez debe ser un Asistente Social debidamente capacitado.

Porque es hora de reconocer que el concurso de una S.A se inscribe netamente en el Derecho Comercial, pero el concurso del vigilante navega preponderantemente en las aguas del Derecho de Familia.

No tanto porque una persona debe y no puede pagar. Sino por las consecuencias de ese incumplimiento.

A la luz de estas consideraciones generales, podríamos establecer estas características del concurso del vigilante.

1)Activo escaso o inexistente.

2)Pasivo sustentado fundamentalmente en relaciones de consumo del vigilante o de un grupo familiar.

3)Posible incidencia de adicciones propias o del grupo conviviente.

4)Carencia total o tenencia precaria de respaldo documental de la actividad económica del concursado.

5)Incidencia del grupo conviviente tanto en la causalidad del concurso como en su solución.

6)Necesidad del auxilio del Ministerio de Bienestar Social y de Salud.

Por lo tanto, vistas estas características de hecho, la legislación adecuada debería cumplir estas pautas:

1) Proceso simple, rápido y no costoso.

2) Cancelación inmediata de todas las fuentes de endeudamiento de que dispone el concursado.

3) Eventualmente, aplicar lo dispuesto anteriormente a todos o algunos de los integrantes del grupo concursado.

4) Control de los ingresos del concursado.

5) Todo acuerdo deberá asegurar un nivel de vida decoroso al concursado y su grupo conviviente.

6) La rehabilitación deberá ser previo informe de la Asistente social de que no existen adicciones (ídem grupo conviviente).

7) Aceptar que el concurso del vigilante abarca cuestiones que exceden el Derecho Comercial y exige instituciones nuevas provenientes del Derecho de Familia.

Tal es la ya expuesta vinculación entre el concursado y su grupo conviviente. Y así como el Derecho Concursal instrumenta la extensión de la quiebra, es factible que el concurso del vigilante exija la extensión de medidas cautelares (tanto en la iniciación del

concurso como en la rehabilitación al grupo conviviente).

El caso (6) se resuelve mediante los mismos parámetros que el caso (3), considerando además todas las implicancias personales que significa la repercusión del concurso en una familia. Y se reitera en consecuencia la necesidad de un asistente social para la debida información judicial tanto en cuanto al trámite del concurso como a la rehabilitación del concursado.

Precisiones finales

a) Va de suyo que si se acepta que el concurso sin bienes debe tener un tratamiento especial. Esto solo se logrará a través de una reforma de la Ley de Concursos.

b)Por sus especiales características, así como el Síndico es el eje del proceso concursal, en el caso que nos ocupa el Asistente Social especializado ocupará su lugar.

c)También por sus especiales características la rehabilitación del concurso debe ser objeto de riguroso tratamiento, ya que la excesiva liberalidad nos enfrenta al riesgo de una epidemia de pequeños concursados.

d)Deberá resolverse en esta reforma que la quiebra extingue los créditos, solución no alcanzable en el texto actual.

§ 3.8. El Concurso Preventivo de las Sociedades de la Sección IV

Por Dr. Bruno O. Santi Táccari

Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

Las sociedades de la sección IV de la LGS que no lleven una contabilidad en los términos del art 320 del CCyC, (y sus socios), deberán acompañar un Estado Valorado de Activos y Pasivos al momento de la presentación en concurso preventivo preferentemente con certificación de contador público.

FUNDAMENTOS

A esta altura podemos imaginar numerosos casos de sociedades que quedan incluidas en la sección IV de la LGS, pero sin dudas qué el caso más común lo será el de las sociedades de hecho que han sido constituidas antes de la reforma de la ley 26.994 y que actualmente están solicitando su concurso preventivo.

Esas sociedades en la mayoría de los casos solo llevan una contabilidad de tipo fiscal, y rara vez una contabilidad voluntaria de los libros contables que la ley reputa “obligatorios” (conf. art 320 y sig. CCyC).

El concursamiento de estas sociedades constituyen una problemática en sí misma, y nos lleva a realizar algunas consideraciones a tener en cuenta para el cumplimiento adecuado de los requisitos del art. 11 de la ley 24.522 (especialmente sus incisos 3, 4, y 6).

Las sociedades de la sección IV que no lleven una contabilidad en los términos del art 320 del CCyC, (y sus socios que decidan su concursamiento junto con aquella), deberán acompañar un Estado Valorado de Activos y Pasivos al momento de la presentación en concurso preventivo preferentemente con una certificación de contador público.

Esta certificación vendría a suplir las faltas de registraciones contables obligatorias o voluntarias del art 320 CCyC, ya que las mismas tampoco pueden ser suplidas por las registraciones fiscales del ente- Ello así por cuanto:

1º Las sociedades de hecho (hoy Sección IV) solo llevan inscripción en el impuesto al valor agregado (IVA), pues para la AFIP la sociedad de hecho (hoy secc IV) no declara sus rentas sino que las mismas son declaradas por sus socios.

2º La sociedades de hecho (hoy Secc IV) presentan un régimen de información de participaciones societarias, que de su sola lectora no nos permite hacer un análisis de los bienes que integran el patrimonio social. Actualmente este régimen está teniendo modificaciones que se desconocen a la fecha.

3º Estas sociedades tampoco están inscriptas en ganancias- Es decir que en cuanto a la determinación de la renta, no quedaría otra opción que recurrir a las DDJJ anuales de ganancias y bienes personales de los socios.

4º Al no ser estas últimas DDJJ fáciles de interpretar, entendemos que la confección de un estado de activos y pasivos con debida certificación contable es un requisito casi indispensable.

5º El concurso de estas sociedades irá en la mayoría de los casos, acompañado del concurso de los socios, hoy ya no por la solidaridad en las obligaciones sociales (ex art …ley 19550), pero si por su mancomunidad (lo que también constituye una obligación de garantía social art 24 de la LGS).

Es por ello que los socios deberán también cumplir con dicho requisito, aunque si se omitiera esa certificación, la parte del activo estaría suplida por sus DDJJ de bienes personales.

Conclusión: Este complejo esquema exige cambios fundamentalmente en los organismos fiscales, fundamentalmente la AFIP, que deberá readecuar su normativa al nuevo sistema legal previsto en la ley para estas sociedades- Siendo también aconsejable que los operadores comiencen a llevar los registros contables voluntarios previendo que estas sociedades no siempre estarán in bonis.

§ 3.9. Las sociedades de la Sección IV de la LGS y a extensión de la quiebra

Por Dr. Diego Alberto Rapoport

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

INTRODUCCIÓN

Para comenzar diré que la modificación introducida por la Ley 26.994, a la ahora Ley General de Sociedades (en adelante la L.G.S.), no fue extensa, pero si profunda en el sentido de haber flexibilizado la rigurosa tipicidad que la Ley preveía antes del 1° de agosto de 2015. Las reformas efectuadas en la Sección IV del Capítulo Primero de la L.G.S. reconfiguraron la Ley, a través de una mayor autonomía de la voluntad para que los socios decidan como organizar el negocio societario.

Entre las modificaciones más significativas se encuentra la que concierne a la responsabilidad de los socios y las consecuencias derivadas de ella.

En este breve trabajo veremos cómo esta influyó en el instituto concursal de la extensión de la quiebra prevista por el Artículo 160 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante la L.C.Q.).

DESARROLLO

Hasta el 1° de Agosto de 2015, fecha esta de la entrada en vigencia de la Ley 26.994, que puso en aplicación el Código Civil y Comercial de la Nación e introdujo varias modificaciones a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, que pasó a ser la L.G.S., la Sección IV del Capítulo Primero de la Ley trataba a las sociedades irregulares, incluyendo entre otras a las sociedades de hecho, con una normativa estrictamente sancionatoria, que reconocía la existencia de las mismas como personas jurídicas pero a su vez buscaba desalentar y disuadir su utilización.

Por tal motivo la Ley de Sociedades Comerciales incluía entre su reglamentación por parte de los socios que las integraban una responsabilidad ilimitada, solidaria y directa respecto de las obligaciones sociales (Art. 23 de la Ley 19.550, antes de su reforma).

De tal forma que en el supuesto que se declarara la quiebra de una sociedad incluida en la mencionada Sección IV de la Ley 19.550, resultaba de aplicación lisa y llana la norma prevista por el Artículo 160 de la L.C.Q. , que determina: «Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo».

En consecuencia el socio de la sociedad irregular o la de hecho con objeto comercial, era pasible de ser incluido en la quiebra refleja, aun sin que concurra en presupuesto objetivo, es decir, el estado de cesación de pagos.

La modificación a la ley 19.550

Como se adelantara la ley 26.994 que renombró a la Ley de Sociedades Comerciales, como Ley General de Sociedades (ya que incluye tanto a las sociedades comerciales como a las que se regían por los Artículos 1648 y ss. ss. del Código Civil derogado) introdujo entre otras reformas la modificación antes aludida respecto de la Sección IV de dicha norma societaria. Como se expresara ello implicó un cambio de paradigma legal respecto de las sociedades incluidas en esa Sección y podríamos decir que reconfiguró de alguna manera la Ley de Sociedades.

Entre las modificaciones producidos y que importan a los efectos del presente trabajo encontraremos la atinente a la responsabilidad que asumen los socios en estas sociedades regidas por la normativa «residual».

De tal manera el ARTICULO 24. — Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:

1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones;

2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22;

3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

De tal forma, actualmente la regla general es que la responsabilidad de los socios es simplemente mancomunada y por excepción y por decisión expresa de los deudores es solidaria.

El antecedente inmediato a este sistema responsabilizatorio lo encontramos en las normas que regulaban la sociedad civil.

Oportunamente el Artículo 1747 del Código Civil de Vélez Sarsfield decía: «Los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, si expresamente no lo estipularon así. Las obligaciones contratadas por los socios juntos, o por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril, y solo en esta proporción, aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación».

Al respecto hubo fallos contradictorios respecto de si la quiebra de una sociedad civil es extensible de oficio a los socios (art. 160), admitiéndosela en un caso (lógicamente que sobre su porción viril: art. 1747, Cciv.), desestimándosela en otro... En efecto, los acreedores de la sociedad civil son acreedores, son acreedores, al mismo tiempo de los socios (arg. art. 1713, Cciv.), de modo que pueden ir tanto contra aquella (por el todo) como contra estos (por la porción viril); además el acreedor de la sociedad tiene preferencia a cobrar frente a los acreedores del socio (art. 1414) (Juzg. Civ. y Com. Rosario, «Rosario Shopping Center Sociedad Civil

en liquidación s/quiebra DSE XVII-1308, nro. 228)[255].

Se sostuvo, además que la extensión de la quiebra atañe, básicamente, a los casos en los que la responsabilidad es asumida por los socios desde el origen de la sociedad y la irregularidad son sobrevinientes[256].

Situación actual. Conclusiones

El sistema actual al disponer como regla general que la responsabilidad de los socios es simplemente mancomunada y en partes iguales, limita su responsabilidad, por lógica a una porción de la deuda por lo cual el principio es que a los socios de las sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la L.G.S. quedan fuera de la previsión del Art. 160 L.C.Q.

No obstante los incisos 1), 2) y 3) del Artículo 24 de la L.G.S. establecen las excepciones a la regla general, es decir en qué casos se puede imputar la responsabilidad solidaria de los socios. En tal sentido lo dispuesto en los incisos 2) y 3) hacen aplicables la extensión de la quiebra en los términos del Artículo 160 L.C.Q.

Respecto del inciso 1) la situación no resulta clara, ya que refiere a: «(que la solidaridad surja) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones», es decir en este supuesto no nos encontramos frente a un sistema responsabilizatorio que se exprese en el contrato social ni por las reglas aplicables a la forma societaria adoptada. Por ello, en principio, para los supuestos contemplados en este inciso, no procedería la extensión de la quiebra por aplicación del Art. 160 L.C.Q.

Por lo expuesto, entiendo que los supuestos de extensión de quiebra por aplicación del Artículo 160 L.C.Q. se han reducido notablemente como consecuencia de la reforma de la ley 26.994.

255 Pesaresi, Guillermo Mario, Ley de Concursos y Quiebras, Anotada con jurisprudencia, Abeledo Perrot, pág. 630, 2008.
256 Ob. cit. pág. 627.

§ 3.10. La verificación no presencial

Por Dra. Nancy Daniela Ruiz y Dr. Horacio P. Garaguso

Colegio de Abogados de Dolores y de Graduados en la Universidad de la Atlántida Argentina (Instituto del Partido de la Costa)

PONENCIA

La verificación "tempestiva" no presencial es posible en el sistema vigente siempre que asegure ciertos recaudos que la jurisprudencia ha precisado urgida por la pandemia del COVID 19.

FUNDAMENTOS

La verificación de derechos es un instrumento típicamente concursal que pone en funcionamiento un segmento clave para reconocer –dentro de nuestro sistema jurídico- a un proceso al que podamos calificar como "de concursos".

Nos referimos a la verificación como un instrumento apropiado para que, todos aquellos alcanzados por las universalidades de derecho –patrimonio- o de hecho –buque, carga, hacienda comercial o rural- puedan ser incorporados a un proceso, en el que se pondrán en lisa el alcance y eficacia de sus derechos, frente al titular del patrimonio o de la universalidad de hecho y contra los restantes pretensores. El titular del derecho esgrimido puede ser el acreedor de la relación sustancial, el que al ser verificado se transforma en parte dentro del proceso donde se debate la suerte del patrimonio o universalidad de hecho y podrá hacerlo valer en la medida en que se ha incorporado al estado concursal.

Dos advertencias liminares: a) Nos referimos "a derechos y no solamente a créditos", pues cualquier derecho que se pretenda debe ser materia de reconocimiento judicial y por ende materia del proceso verificatorio. En efecto, la oposición del boleto de compraventa del artículo 146 de la LC y Q. no persigue la incorporación del comprador sino que se complete la detracción de un

bien del activo del patrimonio cesante; la restitución de bienes de terceros tampoco persigue incorporar al propietario o poseedor al proceso, sino que tiende a retirar de la incautación un bien que estaba en la tenencia del fallido por un título no destinado a transmitir el dominio, conforme con las reglas sustancial –art. 138 LC y Q- y procesal –art. 188 LC y Q- fijadas en el estatuto concursal; la readquisición de la posesión que intenta el enajenante frente a un deudor que quiebra antes de tomar la posesión de los bienes cedidos y que no ha oblado el precio íntegramente, no persigue incorporar al vendedor al proceso sino resolver la operación stop page in transitu, conforme lo reglan los artículos 139 a 141 de la ley 24522. En los supuestos mencionados es menester la verificación del derecho que en modo alguno es un crédito, aunque puede transformarse en tal en el supuesto del artículo 141 de dicha ley. B) La fuerte polisemia de la palabra verificación impone precisar su alcance como mecanismo y como actividad. El primero como etapa o circunstancia del proceso concursal y la segunda con relación a varios verbos que lo completan:

• Pedir o solicitar, carga impuesta al acreedor o interesado, el que de tal forma ejercita su pretensión, la que tiene los alcances de la demanda judicial, ya que conforme el artículo 32 de la LC y Q., su ejercicio tiene la eficacia de la demanda, de allí que pedido o solicitud sea equivalente a demanda:

• Recepción, conservación, investigación e información, actividades que la ley deposita en manos de la sindicatura concursal y el tribunal, de acuerdo con los artículos 32,33 y 35 de la ley 24522. Es cierto que en el supuesto del inciso 11 del artículo 14 LC y Q. se potencia la actuación de la sindicatura, ya que su información positiva sobre créditos laborales habilita su incorporación al proceso y sin petición ni resolución verificadora expresa se ordena el pronto pago de aquellos. A nuestro juicio, si se ordena pronto pagar, es porque el juez ya lo supone verificado. En caso contrario rechaza la pretensión o la oportunidad de pronto pagar tales créditos. Esta es una verificación implícita o simplificada como la califica uno de los autores de la presente (Garaguso H. “Verificación de Créditos” Editorial Depalma).

• Resolver, fallar o sentenciar, función que la ley impone en el juez.

Claro es entonces que verificación es petición, información y resolución.

C) Merced a la informatización de los procesos judiciales, nada impediría que el juez como director del proceso pudiera reglamentar una verificación remota, desde que la misma es conveniente en tiempos normales y necesaria en tiempos del ASPO que impone la Pandemia del COVID 19.

Es claro que ante la distancia que media entre muchos lugares del país entre la sede judicial y la de la actividad del deudor, la verificación remota es una manera especial de apuntalar un igualamiento en la situación de los acreedores que colaborará para impedir el "vaciamiento voluntario del pasivo concursal" optimizando la concurrencia.

Tras estas precisiones observamos cómo algunos precedentes han admitido que la verificación presencial de los artículos 32 y 200 LC y Q. pueda concretarse de manera remota. Aclaro "pueda" porque en ninguno de los casos analizados se sustituye la verificación presencial por la remota, por el contrario se instrumentan ambas en paralelo.

Así se observa tanto en "Vicentin" de la justicia de Reconquista en la Provincia de Santa Fe, como en "Lúpulo S.A". del Juzgado Civil y Comercial Nro. 9 de Mar del Plata o en "Cofina Agro Cereales S.A." del Juzgado Nacional de Comercio Nro.18, conforme sentencia del 30 de junio de 2020.

Algunos autores como Ricardo Prono piensan que esta verificación remota solo se justifica por el A.S.P.O., sería excepcional. Para nosotros la excepcionalidad debe generalizarse en nuestros departamentos judiciales, en cuya virtud un acreedor de Pinamar de una empresa que gira comercialmente en Pinamar debe concurrir a Dolores para poder ejercer su derecho conforme la regla del artículo 125 de la LC y Q.

Los fundamentos de "Lúpulo S.A." se aplican perfectamente a otros casos ajenos al distanciamiento preventivo, ya que apunta a

la prestación de “un servicio de justicia que asegure la continuidad del proceso concursal”, “en dicho sentido podría admitir la presentación tanto digital como presencial” o sea se concretaría mediante una presentación escrita en los términos del artículo 32 LC y Q. o sea la presencial, como una distante o remota, implementando la verificación no presencial.

El procedimiento de verificación ante la sindicatura –presencial-remoto debe asegurar los siguientes resultados y mecanismos:

1) Identificar quien es el que pretende la verificación y en que carácter lo realiza,

2) Confiabilidad e inalterabilidad de la petición verificatoria,

3) Emisión de una constancia que indique la fecha y hora de la petición verificatoria,

4) Conservación inalterada de la documentación acompañada con la demanda de verificación,

5) Acceso simple y amplio que permita sin ritualismos innecesarios la verificación sin patrocinio letrado,

6) La organización de los legajos que contengan:

• Denuncia del deudor de los acreedores mediante la nómina y el legajo (art. 11 inc. 5 L.C. y Q.),

• Pedidos de verificación (art. LC y Q.)

• Observaciones a los pedidos de verificación (art. 34 LC y Q.)

• Pedidos de mayor información efectuados por la sindicatura y sus respuestas (art. 33 LC y Q.)

• Procedimientos y resultados de las investigaciones efectuadas por la sindicatura (arts. 33 y 35 LC y Q.)

• El informe individual proyectado (art. 35 LC y Q.).

7) La visualización de los legajos desde que se inicia el período de observación del artículo 34 de la ley 24522, asegurando dos niveles de acceso, uno para los interesados y acreedores y otro para el juez.

8) La instrumentación y emisión del comprobante de pago del arancel (art. 32 LC y Q.).

Todo esto debiera acompañarse de un reglamento de carga que deberán instrumentar y redactar los tribunales de alzada por vía de acordada o de reglamentos.

Los fundamentos del fallo "Cofina"; son indudablemente notorios, razonables y avisorativos del futuro que entendemos que ha llegado. Puesto que sin pretender ser estas referencias un comentario de fallo, se extraen del mismo presupuestos que merecen ser analizados, puesto que la Jueza Perez Casado en el mismo plantea la necesidad de optar por "procedimientos alternativos" que evitaran la paralización de los procesos durante el mantenimiento del Aislamiento Social Preventivo y obligatorio (ASPO) pero además insta a que este tipo de procesos se mantengan también durante el tiempo para adelante en que ya no ha exista una medida circunstancial de emergencia por motivo de protección a la salud que restrinja el tránsito, puesto que la Magistrada entiende, en consonancia con lo que nosotros sostenemos, que el artículo 32 de la Ley de Concursos y Quiebras reza que el pedido de verificación deben hacerlo los acreedores ante el síndico y por escrito, pero del análisis exegético de la norma y de la interpretación que hacemos de la misma no surge ninguna restricción para que el acreedor bien pueda verificar mediante el uso de la tecnología y ello sería a través de las presentaciones electrónicas, ello teniendo en cuenta que los soportes tecnológicos en "los sistemas judiciales" de nuestro país se encuentran totalmente generalizados en su uso, hacemos hincapié en nuestra Provincia donde el uso del sistema de "Notificaciones y Presentaciones electrónicas" es de uso tanto para los funcionarios judiciales como para todos los operadores y auxiliares de justicia: en los cuales ubicamos, por supuesto al síndico. También pensamos, que la verificación tempestiva de los créditos de forma remota, no debe ser un modo o un sistema alternativo para este tiempo, sino, que debe ser una regla que se generalice, y ello lo sostenemos porque más de las veces se presenta la situación de ser totalmente antieconómico para un acreedor verificar un crédito, si pensamos en nuestra Provincia donde las cabeceras Departamentales suelen estar lejanas o distantes, esto justifica que

de inmediato la verificación tempestiva deba ser posible de forma remota; puesto que de lo contrario se violan derechos de acreedores, que es una realidad hoy y será en los próximos tiempos los acotados recursos económicos con los que cuenten ciertos sectores de acreedores para llegar físicamente a una oficina de un síndico.

Debemos resaltar, que entendemos a la verificación de un derecho o un crédito, como un derecho fundamental con basamento en el principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores y esto nos remite de forma automática a pensar en que las leyes internacionales incluso fijan el rumbo de que los derechos fundamentales deben ser restringidos por ley; entonces si el art 32 de la LCQ no prohíbe la verificación de forma remota entendemos que un Juez no lo puede hacer. Para afirmar esto, analizamos las facultades del Juez en el marco de los procedimientos de los concursos, y a sus efectos entendemos que el Juez de un concurso tiene facultades-deberes, las cuales unas son decisorias mientras las que nos interesan para apoyar nuestra postura son ordenadoras y tienen por objetivo el ordenamiento del proceso poniendo acento en el desarrollo y en el "impulso"; por cuanto en este ámbito es donde el Juez no podrá "no hacer lugar" a la verificación tempestiva remota, porque lo contrario implicaría poner al acreedor "tempestivo" en desventaja "con el tardío", que intentará por un proceso "incidental" adentrarse al proceso y de suyo de acuerdo al art 175 en adelante según el C.P.C.y C. de la Prov. de Bs. As, podrá hacerlo de forma electrónica. En este punto el art. 34 del CPCCPB debe ser el norte del Juez y deberá ordenar la verificación remota.

Pero, además entendemos que el Código Civil y Comercial de la Nación que en su artículo dos dice "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento", por ende creemos que esta norma de fondo civil y comercial es el plafón también para que el Juez del concurso disponga la verificación remota; dado que la norma referenciada presenta el límite evidente para el director del proceso concursal de "la coherencia", y esto involucra desde ya te-

ner en cuenta primordialmente la aplicación de la tecnología y la información (Tics) al proceso concursal, como se aplica en otros proceso, si el mundo se puso "electrónico, digital y remoto", por qué no "la verificación"?. El art. 32 no prohíbe de ninguna forma la verificación remota, y ese debe ser el punto de partida del Juez que ordena el proceso concursal.

Por otro lado, en el orden jurídico "mundial", no solo se han instalado "sistemas alternativos a la justicia", sino que se aparecen "nuevas formas", y creemos que nuestro derecho no es ajeno a ello, solo analizar los arts. 286 en adelante del nuevo Código Civil y Comercial, debemos aceptar que "la papelización" como principio escriturario del sistema judicial todo está en buena medida degradado, prueba patente de ello son los documentos digitales y electrónicos, que no son el objeto de esta ponencia, pero sí nos interesa poner de resalto que la norma citada permite que los actos jurídicos puedan volcarse en "cualquier soporte", y bien que el pedido de verificación de acuerdo al art. 32 LCQ es un acto jurídico de tamaña importancia en un concurso que produce efectos de la demanda judicial, por cuanto la verificación es una demanda en sentido lato, no hay óbice para que ella se permita de forma remota.

Es imprescindible decir que el Instituto de Derecho Procesal Informático (IAPI), viene destacando tres cosas que se deberán tener como recaudo ante estos instrumentos, que en este caso se agreguen para verificar que son: la autenticidad, la integridad y la licitud y ello será a través de las diferentes confirmaciones o validaciones que se hagan a través de los dispositivos token que tan generalizados y conocidos por nosotros están, pero para sumar a ello no debe pasarse por alto que el artículo 1.020 del CCC establece que se considerará prueba instrumental a cualquier instrumento que agregue la parte interesada, en este caso el acreedor. Harina de otra bolsa, será tal vez tema de otro trabajo, la gran labor que tendrá el Juez de que equilibrar procesalmente hablando a los acreedores que por ejemplo tengan firma digital por sobre aquellos acreedores de menos ímpetu comercial que no cuenten con estos dispositivos.

Finalmente, no podemos dejar de señalar, que con motivo de la situación que atraviesa el país por el COVID 19, o mejor dicho agravada por este hecho sanitario mundial e inesperado, se han presentado doce proyectos de reforma a la Ley de Concursos y Quiebras, y entendemos que dentro del Proyecto presentado por el Diputado Ezequiel Fernández Langan (Buenos Aires – PRO): propone la suspensión de los pedidos de quiebra, ejecuciones judiciales y extrajudiciales (excluyendo créditos con garantía real), la prórroga por 180 días del cumplimiento de los acuerdos homologados y la posibilidad de instrumentar los APE por acta de mediación, la reducción de costas, la posibilidad de presentarse en concurso y verificar créditos en formato digital (incluida la documentación). Por otro lado, establece la exclusión del crédito quirografario de AFIP y órganos similares para el cómputo de las mayorías. Por último, establece la prohibición de cancelar permisos licencias o concesiones a causa de la presentación en concurso.

§ 3.11. Verificación de créditos en tiempo de COVID

Por Dra. Jéssica Patiño

Colegio de Abogados Avellaneda Lanús

Introducción

Cuando hablamos de verificación de créditos, hacemos referencia a aquel procedimiento a través del cual los pretensos acreedores del deudor se insinúan en el pasivo concursal[257], esto es acercar al acreedor, no lo va a meter de lleno, sino que debe constatar si efectivamente cumple con los requisitos que pide la ley al momento de la presentación del mismo. Tiene la finalidad de declarar la calidad de acreedor peticionante ante el concurso o quiebra de su deudor, además fija la posición entre ellos, para otorgarles el derecho a participar en el acuerdo (en caso de concurso preventivo) y en el cobro del dividendo falencial que les corresponda en la distribución con arreglo a su graduación (en hipótesis de quiebra)[258].

La verificación de crédito se encuentra regulado en la ley 24.522 de concursos y quiebras, sección III (tres) desde el art. 32 al 38; El artículo 32 es el más importante a tener en cuenta del cual regula que todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios.

Vemos que la verificación de créditos tiene como principio general que todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación concursal pueden presentar sus pedidos de verificación. El acreedor se debe presentar a verificar su crédito dentro del plazo establecido en la resolución de apertura del concurso, a esto se le suele llamar verificación tempestiva o término.

257 Vítolo, Daniel R. Manual de Derecho Comercial (2016) Pág. 755. Ed. Estudio S.A. Buenos Aires, Argentina.
258 Chiavassa, Eduardo N-Derecho Concursal Argentino, Nociones Introductorias. Unidad III. Pág. 2.

Las verificaciones de créditos prepandemia mundial

Hay tener en cuenta que las verificaciones de créditos de manera presencial, la petición se hacía ante síndico en su oficina, por escrito, en duplicado, acompañando los títulos justificativos (cheque, pagaré, facturas, recibos, entre otros), con dos copias firmadas y debía expresar el domicilio que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devolvía los títulos originales, dejando en ellos constancia del pedido de verificación y su fecha.

No debemos olvidarnos de la verificación tardía que se da cuando el acreedor se presenta vencido el plazo establecido por el juez en la resolución del proceso concursal (del art 14 LCQ[259], plazo establecido), en cuyo caso, podrá hacerlo luego, por alguna de estas dos vías:

Si el concurso no hubiera concluido: a través del incidente de verificación tardía en el domicilio del síndico o lo puede hacer judicialmente, a través del incidente de verificación tardía tramitándose conforme el art. 280 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras.

La presentación de créditos en tiempos de Covid-19

Actualmente, ya no en todas las provincias, si un acreedor tuviera que presentarse a verificar su crédito, tal procedimiento ha quedado suspendido debiendo reprogramarse las fechas luego de su conclusión. Mismo criterio debe entenderse respecto de otros plazos fijados.

Siguiendo esta línea, la Acordada Extraordinaria de la Cámara Comercial del 12-5-20 establece que, para los nuevos concursos preventivos, que “los jueces podrán postergar la fijación de las fechas de cumplimiento de los actos enumerados en el artículo 14, incisos 3; 5; 8 y 10 de la ley 24.522”.

El objeto principal de este criterio, era evitar los vencimientos de los plazos y el avance del proceso concursal durante la feria extraordinaria dado por la emergencia del contexto, también es aplicable a los procesos ya iniciado o en curso.

259 Ley de concursos y quiebras 24.522.

Como de notorio y público conocimiento ante la situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio[260] se requiere al síndico/s que informen si tienen medios electrónicos, para que los pretensos acreedores puedan presentar por ese medio las verificaciones de sus créditos.

Con respecto a los medios electrónicos de la sindicatura, hay que decir primero que no se cambió la forma de la verificación de créditos (por escrito) sino los medios por los cuales se presentan, ya no más presencial, sino que jueces de distintas jurisdicciones aceptaron desde correos electrónicos, hasta la apertura de páginas web, entre otros.

Pero como sabemos las presentaciones electrónicas son un medio que viene funcionando hace muchos años, de forma paulatina. Buscando antecedentes, nos encontramos con la Ley 26.685[261] del año 2011 que en su artículo 1 dispone que: Autorizase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

A partir de la Acordada 4/2020, todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital a través del usuario IEJ (Identificación Electrónica Judicial) y no deberá emitirse copia en formato papel. Al mismo tiempo, la Acordada 12/2020 establece, para las nuevas demandas, que el letrado deberá acompañar todos los documentos en soporte papel, en la oportunidad que el tribunal lo requiera.

Las normas anteriores mencionada, nos lleva a pensar, que las futuras presentaciones se harán en formato digital, y en caso de ser necesario será el tribunal quien requiera los originales para la

260 https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320 (Fecha de consulta 7-07-2020)
261 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/184193/norma.htm (Fecha de consulta 10/07/2020)

autentificación de los archivos cargados al sistema.

Jurisprudencia actual

"CLAXTON BAY SRL S/ QUIEBRA(PEQUEÑA) "Juzgado Civil y Comercial N° 5 Expte. n° MO-18421-2018- A los efectos de establecer un orden cronológico y que el anoticiamiento a los acreedores del fallido se efectúe en forma fehaciente, atento la excepcionalidad de la situación que atraviesa el país por el aislamiento social obligatorio dispuesto por el DNU 297/20 dictado por el PEN y la Resolución n°386 y siguientes, emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a los fines de poder cumplir con las normas de la ley concursal y posibilitar a los acreedores una herramienta para presentar su verificación, sin concurrir al domicilio de la sindicatura, autorizase a efectivizar las respectivas verificaciones de crédito en la dirección de correo electrónico 27129823645@CCE.NOTIFICACIONES, perteneciente a la Sindica.

"VICENTIN S.A.I.C.S/ CONCURSO PREVENTIVO" Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial 2da. Nom Reconquista (Santa fe) Expte° 21-25023953-7. El Juzgado que lleva adelante el concurso preventivo de la empresa Vicentin, permitió la creación de una página web[262] para las presentaciones de verificaciones de créditos de manera online y a distancia producto de la pandemia, a su vez se puede solicitar la información por mail o WhatsApp.

En este último caso podemos ver que adopta dos formas de verificación de créditos:

- La Verificación de Créditos Presencial: Los pretensos acreedores que opten por la verificación presencial deberán hacerlo en las condiciones que indiquen las autoridades y las reglamentaciones sanitarias y relativas al aislamiento social preventivo y obligatorio- A los acreedores que opten por presentar sus créditos de manera presencial, se les solicitará que, a los efectos de preservación y manejo acompañen copia de toda la documentación en soporte digital (PDF), incluida la demanda de verificación y documentación tendiente a la acreditación de la personería.

262 https://concursopreventivovicentin.com.ar/

- Verificación de Créditos No Presencial (VNP): Este procedimiento de verificación ha sido autorizado por la Resolución Nro. 145 de fecha 12 de mayo de 2020- El proceso de VNP es alternativo y optativo para el acreedor. El proceso se establecerá según pautas mínimas, sin perjuicio de eventuales ampliaciones, modificaciones o modulaciones que se establezcan con posterioridad [263].

Posibles soluciones a la problemática de la verificación de créditos

Además, ya se habla en el ámbito concursal de informatizar todo este proceso. Sin dudas, otra opción novedosa seria que se habilite una nueva función en el Portal de Gestión de Causas (sumándola a las ya existentes: Consultas, Notificaciones y Escritos) para la verificación de créditos. Allí se cargarían las verificaciones de crédito que luego podrá compulsar la sindicatura con un acceso exclusivo a una plataforma creada al efecto [264].

A tener en cuenta con las permitidas verificaciones electrónicas, nota a tener en cuenta que los correos como GMAIL o HOTMAIL, o cualquier otro similar, son correos personales, pero cuando llegue la hora de impugnar u observar ¿Qué va a pasar? ¿Tengo que pedir turno a la oficina del síndico, cumpliendo protocolo? ¿para qué enviarlo por email, si después lo terminan imprimiendo?

Conclusión

En este marco, y como intente expresar en el presente trabajo, ya tenemos herramientas suficientes para adaptar al concurso preventivo en estos tiempos.

Este año, producto de la pandemia mundial, y además el cierre de las fronteras territoriales y extraterritoriales, para limitar o suprimir al virus COVID-19, nos llevaron adaptarnos al sistema informático del cual muchos aun reniegan.

263 ANEXO I) de la Resolución Judicial dictada en fecha 5/6/2020. Autos: “Vicentin SAIC s/ Concurso Preventivo” Reglamento para la verificación de créditos en modalidad no presencial (VNP).

264 https://abogados.com.ar/el-tramite-de-los-concursos-preventivos-en-tiempos-de-pandemia-algunas-sugerencias-para-asegurar-la-eficacia-del-proceso-concursal/25820.

Ya es hora de un real cambio al sistema que actualmente estamos teniendo, pero bueno no son cosas que se dan de un día a otro, en el presente trabajo trate de explicar de forma breve y concretas cuales serían las posibles soluciones no solo en pandemia, sino después de terminar el aislamiento social y obligatorio, o sea en la pospandemia.

§ 3.12. La verificación en tiempos de COVID. Cambios de paradigma. Necesidad de actualización de la LCQ

Dra. Romina Solange Báez

Colegio de Abogados de Quilmes

Introducción

La realidad a la que mundialmente nos vemos sometidos, no es más que una expresión de una nuevo vivir, de un Nuevo despertar, cambios sociales políticos y económicos, y como tal requieren de una la legislación que los acompañe, en definitiva la ley no es más que una construcción social e histórica que debe adaptarse a los cambios que afronta.

Existe reticencia en pos de la implementación de sistemas de corte netamente electrónico a los fines del avance de los inquebrantables procesos verificatorios, que merezcan características de seguridad y aceptación en su real implementación.

Necesidad de cambios de paradigmas

Es necesario establecer que aquellos procesos verificatorios contemplados en la LCQ, que anteriormente se realizaban en aproximadamente 21 días, que resultaban ser nada más ni nada menos que la conformación del pasivo en un proceso concursal o falencioso, hoy por hoy requiere de una nueva metodología digital con motivo del virus que nos aqueja, pero que aun así vea alcanzados los requisitos de temporaneidad, seguridad y legitimidad en general. Todo esto, resulta una necesidad imperiosa, desde que los contadores y abogados no han sido determinados como “esenciales”, lo que hace que los Profesionales que intervienen de manera protagonista en este tipo de procesos hoy no sean más que receptores confiados y prácticamente a ciegas de créditos potenciales.

Es así, que la realidad apremiante requiere de un cambio radical de los paradigmas que entendíamos como sello como recepción

por el Síndico, como temporalidad en los plazos del Juzgado, como legitimidad para ocupar el rango de acreedor en el proceso que celosamente guardaba el profesional, y exige a mi entender tres aristas insoslayables: a) recaudos de seguridad, b) cambio de paradigma en el ámbito judicial, c) modificación de la L.C.Q.

Analizando de manera integral las dificultades que plantea la presentación digital de las verificaciones en tiempos de Covid-19, requiere que se observen el alcance de los siguientes:

I0 Certeza de la autoría e inalterabilidad de los documentos presentados a verificar,

II0 Otorgamiento a los verificantes de una constancia que dé cuenta de que los pedidos se han hechos en tiempo y forma,

III0 Posibilidad de acceso sencillo a verificar con o sin patrocinio letrado,

IV0 La posibilidad de fácil acceso a los fines de realizar las insinuaciones e impugnaciones en el plazo legalmente establecido.

Es así, que lo complejo de la tarea, requiere más que soluciones parcializadas en los casos que se van presentando y es necesario que las mismas dejen de ser ad hoc, y se comience a vislumbrar la posibilidad de que se adopte un criterio unificado, consensuado y univoco en todos los ámbitos de la justicia, y es por eso que la responsabilidad no solo recae en la gente de derecho sino también en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, que aglomera a los profesionales económicos que se desempeñan como parte fundamental en el proceso concursal.

Es cierto, que muchos procesos como “Cofina Agro Cereales S.A. s/ concurso preventivo”, Juzgado Nacional en lo Comercial No. 18). En una decisión novedosa en la Justicia nacional –que sigue la tendencia de algunos tribunales provinciales como los de Mendoza y Santa Fe–, el tribunal señala que nada impide cumplir con la verificación de créditos por vía remota y mediante la presentación de escritos y documentos electrónicos, toda vez que el artículo 32 de la Ley de Concursos y Quiebras exige que se realice “por escrito”, pero no restringe la formalidad al soporte papel, o el tan polémico proceso de Vicentin S.A.I.C. s/ Concurso Preventivo en don-

de se habilito la presentación a verificación de créditos mediante soportes de diversa índole (papel, cuerpo de correo electrónico, escritura soportada en formatos digitales PDF, JPG, TIFF, etc.), y así se ha posibilitado la verificación pretoriana, pero es necesario un procedimiento digital y su aplicación general en el mundo concursalista.

Situación sobre la verificación sin patrocinio. Soluciones

Si bien es cierto que los Art. 32 Y 200 de la LCQ, sostienen que el Síndico debe ver los originales y, además, ambas normas legales fijan que el síndico "Puede requerir la presentación de los originales cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación". Es importante resaltar que el informe individual del art. 35 L.C. es un dictamen profesional, según los términos de la ex R.T. n° 7 y de la actual R.T. n° 37, como lo viene pregonando la doctrina contable, de abogados, incluso jurisprudencial, hace décadas. El síndico, como contador público, debe observar el art. 13 de la Ley 20.488. El final del art. 13 de la Ley 20.488 reza así: En la emisión de dictámenes, se deberán aplicar las normas de auditoría aprobadas por los organismos profesionales cuando ello sea pertinente".

Y es en el avance de este análisis, que observamos el primer inconveniente, que se plantea justamente porque es numerosa la cantidad de acreedores que se presentan a verificar sus créditos ante el Órgano sindical sin patrocinio letrado, y por tanto en su mayoría sin firma digital, entonces, es necesario buscar soluciones que revistan los extremos manifestados ut supra como necesarios para obtener la efectividad y seguridad procedimental jurídica que requerimos en un Estado de Derecho, que abarque conceptos tales como temporaneidad, unicidad, seguridad y legitimidad, y por tanto y en consecuencia de esta primer arista conflictiva revista respete el Derecho de Acceso a la Justicia y a su tutela judicial efectiva, que se ve consagrado por el propio Art. 18 de la C.N. , con s corolario en materia internacional.

Es en dicho repensar jurídico, que nos planteamos si los pedidos verificatorios actuales de corte netamente pretorianos son legítimos, alcanzan los requisitos que tempestivamente y de manera ta-

xativa establecen los Arts. 286 y 288 del CPCCN, es decir "elementos de juicio válidos y suficientes" para que el Síndico dictamine. Ergo, como puede el síndico verificar la legitimidad e idoneidad de los documentos arrimados por los pretensos acreedores a través de imágenes mal sacadas con un scanner digital, y peor aún como podrá cumplir el órgano sindical con su función de auditoria, con su dar fe de cada pedido y emisión de su consecuente dictamen, lo único que queda hasta tanto se integre una solución y un cambio en la LCQ, dictado por el único órgano habilitado en todo el territorio argentino, que es el Congreso de la nación, en sus originales facultades, será plantear en cada informe individual, la "abstención de opinión", según lo fija el art. 20.1 de la citada R.T. n° 37 por no haber contado con elementos de juicio válidos y suficientes, todo lo que obligaría a los órganos encargados a avanzar en una solución real, abarcativa, jurídicamente segura, legítimamente idónea e integralmente univoca.

Conclusión

Es necesario aunar esfuerzos, a los fines de alcanzar un consenso en pos del avance de nuestra nueva realidad mundial, proponiendo herramientas que permitan la verificación electrónica/digital, avocándonos en el alcance de los parámetros incontrastables que den soluciones no presenciales y respeten las características propias de los Informes del órganos sindical en su carácter de auditor.

§ 3.13. Verificación de créditos electrónica, expedientes digitales y el principio de buena fe

Por Dr. Daniel Balonas

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

En la resolución interlocutoria dictada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el pasado 19/10/2020 en autos "COFINA AGRO CEREALES S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO. INCIDENTE DE APELACIÓN" la alzada, revocando una resolución de primera instancia elaboró un procedimiento para llevar adelante la verificación de créditos en forma digital -no presencial-.

Más allá de los cuestionamientos al mismo, el único modo de superar las consecuencias del Aislamiento y/o Distanciamiento Social es acudir al Principio de Buena Fe, reconociendo que es imposible disponer -en lo inmediato- de un sistema generalizado que iguale las garantías del esquema presencial y que paralizar la administración de justicia no es una opción.

Las conclusiones de esta ponencia han de extenderse a todos los procesos judiciales y extrajudiciales, y no solo al de verificación de crédito.

1. La pandemia paralizó al mundo.

Al decir de Hugo Alconada Mon, y referido a la pandemia, "No la vimos venir. O no quisimos verla … estaba todo dado para que ocurriera y varios referentes globales habían dado la voz de alerta. Pero no prestamos atención hasta que resultó demasiado tarde. No estábamos atentos, ni preparados. Nos sorprendió porque dejamos que nos sorprendiera".

Pero lo concreto es que sorprendió al mundo y lo paralizó. Aún en aquellos países en que sus dirigentes optaron por ignorarla, apostando a una supuesta inmunidad colectiva, la población se paralizó. Ya sea por la suspensión de vuelos y comercio internacional como por la propia reacción de la población que optó por recluirse y, al menos, tomar distancia social. En otros, como el nuestro, la parálisis fue impuesta.

Poco a poco la población mundial comenzó a reaccionar a esa parálisis. Poco a poco empezó a ponerse en marcha. Algunos pensando en cómo será el mundo que se viene y otros simplemente a adaptándose a las circunstancias, ya que las necesidades a veces no dan tregua para pensar.

2. En materia de administración de justicia en nuestro país las cosas no fueron distintas.

Primero vino la parálisis, dispuesta por Acordadas y Resoluciones de los superiores tribunales de justicia de las distintas jurisdicciones, que, con distintos criterios, no hicieron otra cosa que reflejar la parálisis en la que se sumió casi toda la población. No parecía posible resolver de otro modo.

Luego de ese shock, poco a poco se comenzó a asumir que el servicio de justicia no podía estar paralizado, que había que ponerlo en marcha nuevamente, aunque también que la actividad judicial como la conocíamos ya no era viable, o al menos no lo iba a ser por bastante tiempo.

Casi todas las jurisdicciones estaban en proceso de digitalización, aunque aún restaba mucho camino por recorrer. El objetivo siempre fue que la seguridad y caracteres del expediente digital fuesen, cuando menos los mismos que en el formato papel. Ello es posible, pero aún falta mucho para que la firma digital se generalice y todos los sujetos que intervienen en un proceso acepten hacerlo en la forma que cada Poder Judicial pretende.

Sin embargo, las actuales circunstancias no dejaron alternativas. Descartando -por inviable- la opción de paralizar la justicia, es claro que debe construirse el mejor sistema posible. Y en tanto se

las resuelve, suplir las falencias con la más estricta aplicación del principio de Buena Fe.

3. Solo a modo de ejemplo, a nivel nacional se instrumentó -de urgencia- una firma electrónica que no reúne mayores recaudos ya que no solo no tiene certificación oficial, sino que sería insusceptible de tenerla, con lo que ni siquiera se acerca a una firma digital.

Los procesos comenzaron a avanzar al amparo del Principio de Buena Fe, y, si se quiere, del principio de preclusión y del consentimiento tácito que las partes van dando a los actos celebrados sin las formalidades requeridas por la Ley. También al ingenio y buena voluntad de las partes y los jueces. Y, como no podría ser de otro modo, a los errores cometidos.

Pese a todo lo que se ha dicho no hemos conocido un solo planteo de nulidad y, al contrario, hemos visto como las oficinas judiciales, las partes y sus abogados, los peritos y terceros, todos, han soslayado dificultades y puesto su mayor voluntad en que los procesos avancen. Pareciera ser que todos entendimos que la alternativa es esta, o la paralización de la administración de justicia.

4. Elegimos comentar lo ocurrido en el concurso preventivo de Cofina Agro Cereales S.A., porque creemos que lo allí ocurrido refleja todo lo que antes señalamos. La voluntad unívoca de avanzar pese a los escollos. Los errores, y las soluciones.

A modo de breve síntesis anticipamos que el referido concurso fue presentado el 8/5/2020 y abierto por la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 18, el 26/5/2020. En dicha resolución ordenó a la sindicatura Clase “A”, que se sortearía tres días después en audiencia celebrada por plataforma “Zoom”, que propusiera un procedimiento de verificación de créditos viable en el marco de la emergencia sanitaria.

El 8/6/2020 la sindicatura descartó un esquema al estilo “Vicentín”, con página Web propia, por el alto costo que ello tendría, así como el simple correo electrónico, por su inseguridad. Acompañó un protocolo propuesto por la Comisión de Actuación Profesional en Procesos Concursales el Consejo Profesional de Ciencias Econó-

micas de la Ciudad de Buenos Aires (CPCECABA), que consistía en una adaptación ad hoc -en apariencia relativamente sencilla- del Sistema Lex 100 que se utiliza para todos los expedientes del fuero, adaptación que debían hacer los técnicos del Poder Judicial.

Luego de merituarlo, el 30/6/2020 la Jueza dicta una fundada resolución cuya premisa es similar a la de esta ponencia. No puede mantenerse la suspensión de plazos y tampoco es viable el sistema presencial, con lo que se impone una solución digital. La mejor posible en las circunstancias imperantes.

Sostiene que los lineamientos -para cumplir con el art. 32 LCQ- debe ser la presentación electrónica que garantice autoría mediante firma digital o similar y completitud e inalterabilidad. En tal marco el procedimiento cumpliría con las normas vigentes (Leyes 25506, 26685 y arts. 286 y 288 C.C.y C.N.).

Pero luego de esa introducción considera que no puede utilizarse el sistema del Poder Judicial porque las insinuaciones deben presentarse, según Ley, al Síndico y no al Juez, por lo que las adaptaciones de los sistemas deben ser asumidas por los síndicos y que, en consecuencia, cabe esperar que como el Poder Judicial adaptó su sistema, lo mismo hagan las organizaciones que nuclean a los síndicos. Por ello afirma que la plataforma debe ser implementada por el CPCECABA y le ordena a tal entidad que lo haga, y además un reglamento, dando una respuesta en no más de 15 días.

El CPCECABA responde mediante oficio -luego de algunas dificultades para notificarlo por el cierre de su sede- indicando que lo ordenado era inviable, por la complejidad y onerosidad del emprendimiento, que, además, excede las funciones asignadas por Ley al ente. Finalmente señala que la magistrada carece de facultades para imponer al Consejo tal manda.

La Jueza responde con una resolución que desestima los planteos, es muy crítica de la actuación del Consejo, refiere haber mantenido reuniones previas -la Jueza con autoridades del Consejo- y finalmente ordena al CPCECABA que construya la plataforma y desarrolle el reglamento en no más de sesenta días, fijando una multa de $ 10.000 diarios. Además, lo intima a que en el mismo plazo adhiera al régimen DEOX (diligenciamiento electrónico de oficios).

El Consejo apeló dicha decisión y ello motivó la Resolución de la Sala C de la Cámara del pasado 19/10/2020 que inspiró esta ponencia.

5. La cámara comenzó por compartir los fundamentos de la magistrada que, recordamos, son los mismos que dieron comienzo a esta ponencia, aunque se apresura a afirmar que incumbe al Juez Comercial, como director del proceso, y no a una entidad externa, la implementación del sistema.

Así propone un sistema mucho más sencillo, donde veremos, se da preeminencia al Principio de Buena Fe, y los requerimientos de seguridad se adaptan a la mejor opción dentro de lo posible. La cita del art. 319 del C.C. y C.N. es una clara alusión a ello.

Se propone que las verificaciones se remitan a una casilla de correo electrónico ad hoc creada por la sindicatura, en archivo PDF y con firma digital, aunque la eventual dificultad para lograrlo puede ser suplida por los arbitrios que el síndico o la Juez estimen, incluyendo en el caso ratificación presencial o ante el agente fiscal de extraña jurisdicción. El síndico debe acusar recibo, también por correo electrónico y tomará como domicilio electrónico el del e mail recibido. El síndico, finalizado el plazo de insinuación, enviará al deudor y a todos los acreedores insinuados, un listado de los pedidos presentados, y cada uno podrá requerir los archivos respectivos para ejercer el derecho del art. 34 LCQ. Se reserva el derecho del juez y síndico de exigir originales si lo considerasen necesario.

En cuanto a la inscripción para diligenciar DEOX se mantiene la intimación de primera instancia.

6. No es objeto de esta ponencia discutir si el Poder Judicial tiene o no facultades de imponer conductas a terceros, ajenos a los procesos en trámite, aunque no podemos omitir mencionar que ello excede las atribuciones de este Poder (Art. 116 CN) y vulnera el Principio de Reserva (Art. 19 CN).

Pese a ello hemos de reconocer que todos los actores del caso relatado han procurado superar el escollo que imponen las restricciones de circulación y lograr que el proceso avance, administrando justicia cuando ello no parecía posible.

Los errores, que claramente se han cometido, son esperables en este marco, y la corrección de los mismos será parte de este proceso.

7. Lo importante es, como dijimos en nuestro postulado, abandonar la parálisis inicial, aceptar como presupuesto que el servicio de justicia es esencial y no puede suspenderse, y que los procesos han de llevarse a cabo del mejor modo posible en las circunstancias vigentes.

La peor opción es no hacer nada con la excusa de que la Ley vigente no puede cumplirse acabadamente por deficiencias o imposibilidades técnicas.

Luego nos queda construir en cada caso el sistema apropiado y mejorarlo con la experiencia, aceptando que el principio de buena fe deberá suplir las falencias técnicas.

Estas conclusiones pueden extenderse a todo proceso judicial o aún extrajudicial.

§ 3.14. Verificaciones de créditos laborales, gratuidad

Por Dr. Horacio P. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata, de los graduados de la Universidad Atlántida Argentina y del Partido de la Costa

PONENCIA

En la verificación de créditos laborales entran en colisión - más aparente que real- principios de Derecho del Trabajo y de Derecho Concursal. La contradicción se supera por la armonización de ambas disciplinas, pero si subsisten dudas serán la especialidad de lo especial y el "favor operari" los que servirán para zanjar aquellas.

FALLO

"Se admite el recurso de apelación y se deja sin efecto la sentencia que declaró la caducidad de la instancia toda vez que, tiene dicho esta Sala que en los procesos en los que se verifica un crédito de naturaleza laboral, debe ser excluido el instituto de la caducidad de la instancia. Ello así pues, en el ámbito del derecho del trabajo rigen principios específicos, mientras que en el proceso laboral el principio dispositivo se encuentra limitado, ya que se contempla expresamente el impulso de la causa de oficio. En ese marco, la aplicación de una norma procesal ajena al régimen laboral importaría la afectación de su régimen específico. Por ello, aun cuando entre el último acto procesal que tuvo por finalidad lograr el avance del incidente y el acuse de caducidad hubiera transcurrido el plazo trimestral perentorio del artículo 277 de la LC y Q. corresponde considerar que este incidente es insusceptible de perimir".

In re "Bartel Gerardo Gustavo y otro s/Incidente de verificación de crédito en PCSJB S.A. SU CONCURSO". CNCom. Sala C, fallo del 26/12/2019.RCJ 157/20.

"Deben cargarse las costas al incidentista cuando: a) Existía una sentencia laboral firme con anterioridad al vencimiento del plazo procesal para verificar, es un obrar negligente el del acreedor y no puede responsabilizarse por el mismo a la masa de acreedores. B) La falta de comunicación fehaciente no lo exime de la presentación en término, ya que el estado de quiebra se publicitó por edictos y no es aplicable el artículo 30 de la ley de concursos. C) Tampoco corresponde aplicar el artículo 20 de la ley 20744 porque el beneficio de gratuidad no alcanza las costas sino solo a los gastos procesales". Cámara Nacional de Comercio, Sala E.

FUNDAMENTOS

A mi juicio el primero de los precedentes rompe con una tradición de la justicia porteña y se encamina en el correcto proceso de integración de normas. El segundo contiene un conjunto desatinado de afirmaciones que contradicen el derecho "constitucional – convencional". En primer lugar no tiene en cuenta el sistema laboral en su conjunto porque no solo se establece la gratuidad en la ley sustancial, sino que las leyes procesales locales asimilan la gratuidad al beneficio de litigar sin gastos, por lo que también las costas y no solo las erogaciones funcionales resultan alcanzadas. En segundo lugar determinar la buena fe del trabajador asociada a la presunción de conocimiento del estado concursal – falencial por la publicación de edictos es contradecir principios laborales tales como el "favor operari" y una inversión inaceptable de la carga de la prueba. En tercer lugar la mora del operario no lo transforma en acreedor tardío cuando su derecho está sometido a juicio de conocimiento y porque su mora más allá de los seis meses de la firmeza de la sentencia, produce la prescripción de su derecho creditorio.

Los tres elementos tenidos en cuenta por el fallo de la Sala E, no resisten el análisis e importan una regresión que contradice los principios elementales del derecho laboral, **no solo del sustantivo**, sino también del adjetivo receptado por las legislaciones locales, lo que es soslayado por el tribunal y por algunos de sus comentaristas. En casos como el que da lugar al precedente la

justicia tucumana ha dispuesto las costas en el orden causado. No se ve tampoco esta solución como correcta, ya que si procede la verificación no existe condena en costas al concurso, debiendo aplicar la regla análoga del artículo 202 LC y Q. salvo que existiera una oposición francamente irrazonable. En cuanto a los honorarios del síndico los mismos están incluidos en la regulación general y los de su letrado son a su cargo. Si se tratara de un concurso preventivo solo serían costas los honorarios del letrado del deudor o acreedor contradictor si se rechazara el incidente, pero si procede deben soportarlas ellos, el deudor y acreedor. Si se rechaza no se pueden cargar al concurso, con lo que el argumento de la alzada deviene sin sentido.

Ya he sostenido en otra ponencia que la "gratuidad" no queda limitada a la tasa de justicia o a gastos del proceso, porque si así fuera sería una norma vacua en este caso porque los créditos laborales no pagan arancel ni tasa de justicia, ni anticipos para pruebas periciales, etc. todo conforme la ley procesal laboral y la ley de concursos (Artículo 32 y 200 LC y Q.).

Por el contrario el primer fallo aplica los principios del derecho laboral y los armoniza por los del derecho concursal. Repárese que el instituto de la caducidad de la instancia presume la existencia de un proceso dispositivo, en el proceso laboral el impulso procesal oficioso le ponen fin a todo debate.

Un soplo de aire fresco de justicia y equidad se está incorporando a la justicia comercialista y yo le doy la bienvenida.

§ 3.15. Intereses de créditos laborales en los concursos

Por Dra. Marisol Martínez

Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

Si bien la ley 26684 intentó la consagración legislativa de la exclusión del crédito laboral del efecto general de suspensión de intereses a partir de la presentación concursal (art. 19 LCQ) o de la declaración de quiebra (art. 129 LCQ), en el sentido de los plenarios que rigieran tradicionalmente la materia ("Pérez Lozano"; "Seidman & Bonder" y "Excursionistas"), el resultado de su redacción vulnera el principio de progresividad del derecho laboral. Esto es destacado por jurisprudencia que retoma la aplicación de los plenarios que rigieran la materia con anterioridad a la reforma de la ley 26684.

ANTECEDENTES

Plenarios: Perez Lozano; Seidman & Bonder y Excursionistas

Nuestro sistema concursal se ha caracterizado por un tratamiento tutelar del crédito laboral, puntualmente respecto del régimen de intereses. Así, tradicionalmente se ha excepcionado al crédito laboral del efecto concursal general de suspensión de intereses[265], aun cuando la excepción no se encontró prevista legalmente durante mucho tiempo.

El plenario "Pérez Lozano, Roberto c. Compañía Argentina de Televisión S.A. s/concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito"[266], de fecha 28/10/1981 consolidó los primeros antecedentes jurisprudenciales en una doctrina legal que contemplaba el curso de la actualización monetaria para el crédito laboral.

265 Artículos 19; 129 y concordantes de la actual ley 24522 reformada por la ley 26684, con correlato en antecedentes pretorianos.
266 ED, 96-452.

En el mismo se ponderó, en particular, la norma del inc. 8 del artículo 11, ley 19.551, y la tutela del derecho a los créditos de naturaleza laboral con tratamiento similar a los alimentarios por estar destinado a la subsistencia del trabajador, y, por lo tanto, como extraconcursales, y asimismo, se tuvo en cuenta la inexistencia de previsión de un trámite para que los acreedores laborales participen en la celebración del concordato.

Se trató de uno de los tantos períodos de afectación por el flagelo de la inflación en nuestra coyuntura, a tal punto que la actualización por depreciación monetaria se encontraba comprendida por la norma del art. 301 de la ley de contrato de trabajo 20744.

En consecuencia se resolvió que la actualización monetaria de los créditos laborales procedía hasta la extinción de su capital: "en situación de concurso preventivo del obligado, la corrección para compensar la incidencia de la depreciación monetaria prevista por el artículo 301 de la ley 20.744[267], procede hasta el pago del capital que la origina".

En su oportunidad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, en autos "Seidman y Bonder, Soc. en Com. por Accs. s/concurso preventivo, incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O.", 02/11/1989[268], fijó como doctrina plenaria la exclusión de las acreencias de naturaleza laboral, de la regla general de suspensión de intereses impuesta por el art. 20 de la ley 19.551, no liberando al deudor concursado del pago del interés devengado en período posterior a la presentación en concurso preventivo respecto de los créditos de los trabajadores.

Vigente la ley 24522, procedió poner a prueba la doctrina legal del plenario establecida en "Seidman y Bonder", a la luz de las nuevas disposiciones,–si bien once años[269] después de su sanción

267 Ley 20744: "Actualización por depreciación monetaria: Art. 301. — Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, demandados judicialmente, serán actualizados teniendo en cuenta la depreciación monetaria que se operara desde que cada suma es debida hasta el momento del efectivo pago. A tal fin los jueces, de oficio o a petición de parte, aplicarán los índices oficiales de incremento del costo de vida".
268 LA LEY 1990-A, 8-DJ 1990-1, 903.
269 Probablemente producto de una teleología legal originaria de la ley 24522, no solo emparentada con la ley de convertibilidad, ley 23928, sino muy diversa a la que resultara de las sucesivas modificaciones legislativas que recibiera.

(año 2006)-.

Resultó entonces como doctrina legal: “Subsiste respecto de los casos regidos por la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) la vigencia de la doctrina plenaria fijada por esta Cámara “in re”: “Seidman y Bonder S.C.A.” (LA LEY, 1990-A, 8) en virtud de la cual la suspensión de los intereses desde la presentación en concurso preventivo no rige respecto de las acreencias de origen laboral” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, 28/06/2006, “Vitale, Oscar S. s/inc. de rev. prom. en: Club Atlético Excursionistas”).

Se juzgaron vigentes los fundamentos de aquella resolución y doctrina plenaria.

Entre otras consideraciones, se confrontaron el artículo 19 de la ley 24.522 con el artículo 20 de la ley 19.551, los que tendrían la misma redacción.

Asimismo se ponderó, la supresión del inc. 8 del artículo 11 de la ley 19.551[270] (t.o ley 20.595) que erigía como requisito del pedido del concurso preventivo la acreditación documental del pago de las remuneraciones y cumplimiento de las disposiciones previsionales y sociales del personal en relación de dependencia, actualizado al momento de la presentación.

La norma del inciso 8 del art. 11 de la ley 19.551, había sido introducida en el ordenamiento concursal por la ley 20.595, expresándose durante su debate en la Cámara de Diputados, la intención de proteger al obrero, descartándose la de obstaculizar los pedidos de concurso preventivo[271].

La práctica mostró lo contrario, siendo el endeudamiento con organismos de previsión social característico de la cesación de pagos en nuestro medio, por lo cual el requisito de previa puesta al día con los mismos directamente frustraba el acceso al concurso preventivo y por lo tanto a una solución no liquidativa.

270 Célebre “maldición de la momia” en la inolvidable ironía del Maestro Maffía.
271 Quintana Ferreyra, “Concursos”, Tomo 1, pág. 179, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988 – cita en el voto mayoritario de los doctores: Ramírez, Gómez Alonso de Díaz Cordero, Piaggi,Monti, Di Tella, Caviglione Fraga, Sala y Arecha.

La crítica de la doctrina, y la benevolencia de la jurisprudencia en la interpretación del cuestionado requisito, fueron destacadas en el Mensaje de elevación de la ley 24.522 como explicación de su ausencia en la nueva ley concursal.

El voto de la minoría en el plenario "Excursionistas", en cambio, en particular en los votos de los doctores Vassallo, Míguez y Bargalló, atribuye distinta incidencia a la derogación del requisito del célebre inciso 8°.: "Conclúyese entonces que la derogación del inciso 8 del artículo 11 de la entonces vigente ley 19.551, privó de todo sustento la calificación de "extraconcursal" que los plenarios "Pérez Lozano", primero, y "Seidman y Bonder S. C. A.", después, habían conferido al crédito laboral frente al concurso preventivo de su deudor".

Argumentos en sendos sentidos permiten concluir que, ni la inclusión de la disposición en el ordenamiento concursal, ni su derogación, habilitarían una interpretación contraria a la protección de los créditos laborales.

Por otra parte, se tuvo presente una novedad que introdujo la ley 24522, la posibilidad de los acreedores laborales de participar en la votación del acuerdo preventivo, renunciando sus privilegios, con un mínimo tuitivo (20% en lugar del 30% impuesto a los restantes acreedores privilegiados), convirtiéndose en acreedores quirografarios, "a estos efectos"[272] (art. 43 ley 24.522).

El platillo se inclinó hacia el espíritu tutelar de los derechos del trabajador contenido en ambos sistemas, el precedente y el vigente, como principio interpretativo de la norma.

El plenario "Seidman y Bonder" hizo suyo el argumento de la tutela de los derechos del trabajador esbozado en "Pérez Lozano", argumento de trascendental importancia para arribar a la solución acordada en aquella convocatoria, y que habría subsistido a la luz de la nueva legislación concursal.

272 El artículo 43 de la ley 24522, también dispone: "El privilegio a que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, o en el caso de no homologarse el acuerdo..."

Esta conclusión no fue obstaculizada ni por la existencia del inciso 8 del art. 11 de la ley 19.551, en su oportunidad, ni la imposibilidad de los trabajadores de participar en el concordato, todos los cuales fueron interpretados en el sentido tuitivo del crédito laboral.

El escollo de la reforma de la ley 26.684

La reforma que la ley 26684 del año 2011 introdujera a la ley concursal, poniendo en el centro de la escena la protección de la fuente de trabajo en el concurso liquidativo, reconociendo numerosos derechos a las cooperativas y otorgando legitimación al trabajador en cuanto tal en el proceso concursal,–aun cuando no se trate de acreedor laboral-, fue más lejos e introdujo el tema de los intereses del crédito laboral como excepción a la regla general de la suspensión de intereses en forma expresa, regulándolo también para el proceso concursal liquidativo.

Si bien la formulación legal de la excepción podría verse como una evolución en el camino de la tutela de estos créditos, el resultado no fue correctamente logrado particularmente por la propia redacción de la ley 26684.

Durante la vigencia de los plenarios los intereses de las acreencias laborales eran excluidos in totum en el concurso. Ahora bien, la redacción legal acotó el tipo de intereses comprendidos en la excepción/exclusión.

La ley 26684 reformó, en lo relativo al tema en tratamiento:

1) el artículo 19 LCQ (para el concurso preventivo), resultando su texto actualizado, en lo pertinente: “Quedan excluidos de la disposición precedente los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral” (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley Nº 26.684 B.O. 30/06/2011);

2) el artículo 129 LCQ (para la quiebra): “Asimismo, tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos laborales” (Artículo incorporado por art. 14 de la Ley Nº 26.684 B.O. 30/06/2011).

La redacción del texto legal introducido, respecto del artículo 19 LCQ introduce un párrafo final (sin dudas mal ubicado en el texto del artículo), que acota la exclusión del crédito laboral, de la suspensión general del curso de intereses, a los créditos laborales "correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral".

Por su parte el último párrafo introducido al artículo 129 LCQ, como novedad incluye la protección al curso de intereses de la acreencia laboral en la quiebra, y, si bien no acota el universo de créditos laborales como lo hace el texto introducido al artículo 19 LCQ por la misma reforma, se refiere a "los intereses compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos laborales", acotando, entonces, el tipo de intereses.

Sin dudas la reforma no ha sido feliz, representando un retroceso, antes que un progreso, en el reconocimiento de la tutela legal del crédito laboral.

Así fue recibido, comentado y criticado por la doctrina.

En su ley concursal comentada, Rouillon recurre a un eufemismo para explicar la reforma del artículo 129 LCQ, refiriendo que si bien el crédito laboral no devenga intereses compensatorios ***"stricto sensu"***, considera a los intereses moratorios –que sí devenga el crédito laboral- como intereses compensatorios en sentido amplio[273].

Si bien la interpretación es plausible, reconoce que la redacción deja fuera el curso de intereses punitorios y sancionatorios.

Recordemos que el artículo 129 LCQ dispone –desde su redacción original– la suspensión del "curso de intereses de todo tipo", lo que no deja dudas respecto del desacierto de la reforma.

¿La vuelta a los plenarios?

Tal cual síntesis, de una hipótesis –la aplicación de plenarios sin sustento en texto legal-, pasada por su antítesis – el texto legal regresivo para la tutela del crédito laboral-, la jurisprudencia pa-

273 Rouillon, A. A.N., Régimen de Concursos y Quiebras, p.239 y concordantes, editorial Astrea, 16ª. edición, Buenos Aires, 2012.

rece enderezarse hacia lo que pudiera considerarse una evolución natural: la aplicación de la doctrina de los anteriores plenarios que tutelaron sine die el curso de los intereses de las acreencias laborales aún frente a la carencia de un texto legal, y sin perjuicio del juicio que ameritara esa solución. Esto parece procedente al menos en el caso del concurso preventivo.

En casos como "Islas María Cecilia sobre concurso preventivo, incidente de verificación de crédito de De Mare Carlos Alberto y otro". CNCom, Sala F, Noviembre 12 de 2019, se juzga vigente la doctrina del fallo plenario "Excursionistas": "Los agravios del concursado soslayan la expresa disposición del art. 19 LCQ que en consonancia con la doctrina del fallo plenario de esta Cámara in re: "Club Atlético Excursionistas s/incidente de revisión por Vitale, Oscar" del 28/6/2006, no suspende el curso de los intereses de los créditos de naturaleza laboral (cfr. esta Sala, 13/3/2014, "Fundación Dr. Daniel Gómez s/conc. preventivo s/incid. de pronto pago y verificación por Alescio Jorge Alberto", COM3580/2014)...., bien que con cita del plenario "Seidman y Bonder", anterior al hoy vigente pero de idéntica sustancia jurídica (v. fs. 42vta.)" (sic).

En el caso el incidentista invocó la doctrina análoga dictada durante la vigencia de la ley concursal 19551, en el plenario "Seidman & Bonder", haciendo pesar la excepcionalidad del crédito laboral respecto de la suspensión de intereses dispuesta por el art. 19 LCQ, inclusive en términos más amplios que el propio texto vigente de la ley concursal conforme la reforma de la ley 26.884.

En autos "Dikex SA sobre concurso preventivo, Incidente de verificación de crédito por Zelaya, Cecilia y otros", CNCom, Sala F, Diciembre 19 de 2019, los camaristas de la Sala F reiteran su criterio: "Los agravios de la concursada soslayan la expresa disposición del art. 19 LCQ. que en consonancia con la doctrina del fallo plenario de esta Cámara in re: "Club Atlético Excursionistas s/incidente de revisión por Vitale, Oscar" del 28/6/2006, no suspende el curso de los intereses de los créditos de naturaleza laboral (cfr. esta Sala, 13/3/2014, "Fundación Dr. Daniel Gomez s/conc. preventivo s/incid. de pronto pago y verificación por Alescio Jorge Alberto", COM3580/2014)... la pretensión incluyó el curso de intereses hasta su efectivo pago, bien que con cita del plenario "Seidman y Bon-

der", anterior al hoy vigente pero de idéntica sustancia jurídica (v. fs. 61vta.)" (sic).

En autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra", resolución del 09/03/2012, el Procurador General dictaminó en fecha 29/04/2018, sobre la protección en la Constitución Nacional, en diferentes instrumentos internacionales de idéntica jerarquía (artículos 6 y 7, Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, entre otros), y en los Convenios 95 y 137 de la Organización Internacional del Trabajo, todos los cuales han hecho del trabajador un sujeto de preferente tutela (Fallos: 333:2306, "Álvarez" y sus citas; C. 534, L. XLIV, "Clínica Marini S.A s/quiebra", sentencia del 1 de agosto de 2013 y sus citas).

Expresó que la condición de los trabajadores mantiene vigencia ante la insolvencia del empleador y debe ser armonizada con los principios concursales. Reconoce como "uno de los fines de la ley 26.684, aquí en juego, es proyectar la especial protección de los créditos laborales en el ámbito de los concursos preventivos y las quiebras", recordando el precedente "Clínica Marini", oportunidad en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó esa finalidad protectoria de la ley 26.684: "[r]esulta claro, de tal modo, que la orientación de la reforma legislativa se dirige a asegurar que los trabajadores de la empresa insolvente conozcan el trámite que les permitirá preservar su fuente de trabajo o percibir, aunque sea parcialmente, sus créditos alimentarios, corrigiendo una marginación que muchas veces tiene su origen en la distancia temporal entre el inicio del proceso y su culminación".

Asimismo recordó el dictamen en los autos "Zanella Hermanos y CIA S/concurso preventivo", en el que consideró que la suspensión de los intereses de los créditos concursales prevista en el artículo 19 de la ley 24.522 (texto anterior a la ley 26.684) no rige con relación a los créditos laborales en atención a lo dispuesto por instrumentos internacionales, protectorios de los derechos del trabajador. En particular, afirmó que "el artículo 7 c..) [del Convenio 173 de la OIT prevé que, en el supuesto de que la legislación nacional limite el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescripto, 'no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable' y 'se deberá reajustar cuando proceda, para mantener

su valor"'. Ese dictamen y sus fundamentos fueron compartidos por la Corte Suprema en su sentencia del 27 de noviembre de 2014.

Resulta decisiva la premisa conforme la cual la ley 26.684 –en este punto- buscó materializar normativamente los principios jurisprudenciales sentados en el plenario "Club Atlético Excursionistas" de la cámara del fuero (28 de junio de 2006) y de su antecesor "Seidman y Bonder" (vigente para la ley 19.551).

En cuanto a multas, como la impuesta por el artículo 132 bis[274] de la Ley de Contrato de Trabajo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, resolvió[275] que la ley 24.522 no prevé la suspensión de su curso, resultando inapropiada la aplicación analógica del artículo 19 de la Ley de Concursos y Quiebras en cuanto dispone la suspensión del curso de los intereses.

Según los magistrados, "la exclusión de sus efectos allí establecida, aun cuando no se aplica a todo crédito laboral sino únicamente a los correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral, denota que el acreedor laboral recibe de la ley un trato diferencial que no implica violar el principio de la pars conditio creditorum".

274 Se remarcó que "su monto no es discrecional, pues está fijado expresamente sobre una base cierta y determinada por la ley y no existe la posibilidad de su morigeración o eliminación por parte del magistrado que la aplica" (conf. CNT, sala II, "Zapata, Griselda Elizabeth c. Obra Social Bancaria Argentina", del 04.06.08)", por lo que confirmaron la resolución apelada

275 "Sociedad Española de Beneficiencia–Hospital Español s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (por Aguilar Urquiza, Lucila)", CNCom, Sala E, 10/11/2011.

§ 3.16. Efecto del Concurso Preventivo y la Quiebra en las relaciones laborales

Por Dra. Brenda Agustina D'Ubaldo

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

El trabajo es un derecho esencial para el hombre, es el centro de las aspiraciones de las personas, es el medio por el cual se dignifica, obtiene su sustento, mejora su calidad de vida y su realización personal como familiar pero la dura realidad Argentina en la que nos encontramos, generadas por crisis económicas y sociales hace décadas y sumado a ello la pandemia generada por la enfermedad del COVID-19, nos presenta una esfera de ese derecho que desemboca en la vulnerabilidad de las personas que se encuentran ejerciendo su derecho de trabajo bajo relación de dependencia cuando estas se encuentran involuntariamente inmersas en un procedimiento falencial regulado por la ley 24.522. Dicho esto, la persona vulnerable sufre en esferas no contempladas dentro del marco de la mencionada ley efectos económicos y psicológicos, y hasta sociales que no se asocian de una forma simplista a la esencia de la protección objetiva del crédito o de la continuidad de una empresa lo cual con la realidad Argentina de hoy se dificulta cada vez más.

INTRODUCCIÓN

Definiremos emergencia a los efectos de este trabajo como cambio intempestivo, imprevisible que altera una circunstancia. En la actualidad la emergencia a un nivel global es generada por la pandemia del COVID-19 y por el aislamiento preventivo y obligatorio en consecuencia, nos hemos visto obligados a frenar casi en su totalidad la actividad productiva, se vieron prorrogados vencimientos, despidos, desalojos y reducida la actividad jurisdiccional. Ahora bien, mientras acontece esta situación de emergencia sanitaria

transcurren las deudas, los pasivos ya previamente preocupantes de los trabajadores, empresas y consumidores en general va en aumento.

Es así que nos encontraremos en el corto y mediano plazo en una insolvencia generalizada tanto de unidades productivas organizadas como de los trabajadores que en consecuencia directa de la imposibilidad de trabajo y de las cesaciones de pago de sus empleadores se ven y verán inmersos en dos situaciones que los dejan en un estado de vulnerabilidad. La primera es la imposibilidad de contar con su actividad productiva y la dificultad por la escasez de empleo de nuestro país y la segunda, es la falta de sustento económico para hacer frente a sus obligaciones pasadas y alimentarias propias y de su núcleo familiar.

En efecto, la dificultad económica actual y la que nos involucra en el presente trabajo es la de cómo se logra una igualdad, la cual debe ser un bien protegido, buscado y tutelado por nuestra Constitución Nacional al tener en claro que el concurso o la quiebra como mecanismos de solución de crisis de la empresa o liquidación de aquella no puede afrontar al trabajador como un costo dado la multiplicidad de situaciones que involucran dicha situación para el trabajador. Es así que nos preguntamos si son los procedimientos regulados por la ley 24.522 los que deben procurar el mantenimiento de la fuente de trabajo a cualquier precio o se debe profundizar en otras herramientas jurídicas y administrativas para ese fin.

DESARROLLO

De conformidad con el lineamiento de crisis continua en nuestro país y de la necesidad que se tiene de armonizar un sistema laboral con el sistema concursal o al menos lograr una concordancia equilibrada es que podemos desarrollar ítems que se modificaron con la reforma 26.684 del año 2011 que favorecieron el cobro del crédito del trabajador.

La apertura del concurso preventivo del acreedor no produce prácticamente efectos del contrato de trabajo, el empleado continúa

con su actividad habitual y el empleador con sus obligaciones. El tema se presenta cuando existan deudas anteriores a la presentación del concurso preventivo ya que la ley pretende que todos los acreedores concursales sufran el perjuicio del incumplimiento en igual medida, como consecuencia de esta inalterabilidad del patrimonio es que el pago a un acreedor con causa o título anterior al concurso preventivo es inoponible a los demás acreedores, he aquí que vemos una excepción a la excepción de pago que tiene el concursado que es el pronto pago.

El pronto pago

El pronto pago es un instituto que tiene como finalidad la satisfacción rápida de los créditos laborales nacidos con anterioridad a la presentación concursal (Art. 16 LCQ), advertimos la existencia de dos modalidades diferentes de pronto pago: el pronto pago de oficio y el pronto pago a pedido de parte.

Así es como veremos que en el pronto pago de oficio sin intervención del trabajador es el síndico, quien deberá presentar un informe en el cual se pronuncie sobre los pasivos laborales denunciados. y el juez de oficio es quien autorizará a pagar los créditos laborales que cumplan los requisitos legales. Ahora bien cuando proceda un pronto pago de un crédito no incluido en el informe del síndico no se requiere la verificación del crédito ni una sentencia en juicio laboral previo sino que a pedido de parte se tramitara por incidente.

También, por la reforma introducida por la ley 26.684 existen nuevos créditos amparados por el pronto pago como ser, Indemnizaciones para el caso de despido por imposibilidad de reincorporación, previstas en el artículo 212 de la ley 20744, Indemnizaciones comprendidas en el artículo 52 de la ley 23551 de asociaciones sindicales, Indemnizaciones previstas en estatutos especiales, por ejemplo la indemnización por clientela del estatuto de los viajantes de comercio, Indemnizaciones previstas en los convenios colectivos de trabajo en los cuales estuviera comprendido el trabajador e Indemnizaciones previstas en contratos individuales de trabajo entre el concursado y el trabajador.

Continuidad de la aplicación de los convenios colectivos de trabajo

Quedó anulada la disposición respecto a dejar sin efecto convenios colectivos de trabajo por el plazo que dure el concurso preventivo estableciendo así que la apertura del concurso preventivo no modifica la continuidad de los convenios colectivos que se apliquen según la actividad.

Intereses devengados

Art. 19 LCQ reza que la apertura del concurso preventivo establece la suspensión de todos los intereses que devenguen los créditos de causa o título anterior a ella, salvo los garantizados con hipoteca o prenda, pero con la modificación introducida por Ley 26.684 quedaron excluidos de la mencionada disposición los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral, como así también lo establece el Art. 129 sobre la suspensión de intereses de la declaración de quiebra.

Más allá de las modificaciones introducidas por la Ley 26.684 las cuales fueron muchas en beneficio del trabajador permitiendo así que no se vea alterado la labor del trabajador cuando la empresa se encuentra dentro de un proceso falencial, innovando en materia de reconocimiento del derecho de información a quienes no resulten acreedores del concurso y otorga a las cooperativas de trabajo y a los integrantes de ellas beneficios especiales y modificó los efectos del fuero de atracción estableciendo como principio que los procesos de conocimiento y los juicios laborales están excluidos del mencionado fuero, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito en sede concursal cuyo tratamiento excede el presente trabajo por su extensión, considerando así que dado a la gravedad socio económica actual que radica en la necesidad de encontrar una equidad entre el empleado y quien organiza la actividad lucrativa que por la crisis quedan inmersos en una situación económica deficitaria y muchos de ellos sin la posibilidad de generar recursos poniendo en una condición de difícil cumplimiento las deudas adquiridas como

las deudas generadas por deudas de salarios e indemnizaciones laborales es que se necesita la adopción de medidas excepcionales de Estado donde se resuelva así la insolvencia general otorgando medidas que permitan que un trabajador que deja de percibir su salario porque su empleador se encuentra dentro de un proceso falencial no se encuentre vulnerado su derecho a una vida digna, ni su alimentación, se habla aquí de una agilidad dentro de los procedimientos, pagos que se efectúen a cuenta, gastos que deben ser absorbidos por el Estado hasta que se pueda generar una liquidación de la empresa o un sin número de propuestas que solo velaran por el mantenimiento de una vida digna de los habitantes del suelo argentino.

CONCLUSIÓN

La sociedad argentina se ve inmersa en un nuevo desafío y no por ser nuevo significa que sea poco conocido por los habitantes del país, vimos como el trabajo es un derecho primordial en la vida de una persona, como no tenerlo lo afecta en todas las esferas del ser humano y que la Ley de Concursos y Quiebras cuenta con mecanismos para que tanto el trabajo como el carácter alimentario de su indemnización sean protegidos, ahora bien, ¿Son aquellos mecanismos suficientes para afrontar esta nueva realidad? En mi parecer no lo es, se necesita lograr un equilibrio respecto a la necesidad del ser humano y la burocracia de los procesos, la sobrecarga del poder judicial y liquidez actual.

Esto es así, que se necesitan mayores medidas de protección al sector más vulnerable de la sociedad, nada más ni nada menos que otorgando trabajo digno y generando políticas de Estado a largo plazo que permitan asegurar la dignidad de las personas y armonizando junto a ello los procedimientos en caso de que lo anterior no logre su cometido.

§ 3.17. Más allá del inciso 10 del art 39 de la LCQ

Por Dra. Celina Pavese

Colegio de Abogados de Morón

En las últimas décadas, comenzó a visibilizarse, como una tendencia a nivel mundial, la protección de los derechos de tercera generación, reflejada en la creciente legislación que encontramos en materia de protección de los derechos, no ya de la persona como individuo particular sino como perteneciente a determinado grupo o esfera de la comunidad con necesidades e intereses compartidos, como es el caso de los consumidores, las empresas, los trabajadores, etcétera.

Como consecuencia de lo expresado anteriormente, actualmente, pueden observarse numerosos ejemplos de contradicciones y vacíos legales que solo generan inseguridad jurídica la que se ve incrementada con la constante modificación de normas sin un estudio detenido sobre sus consecuencias, para "salir del paso" trayendo incalculables perjuicios a los ciudadanos en general.

Motivo por el cual, este trabajo tiene por fin analizar la interrelación del régimen de concursos y quiebras con la ley de defensa de la competencia ya que las mismas no solo afectan a aquellos que realizan una actividad económica organizada, a los empresarios, sino también y en definitiva a los consumidores quienes se encuentran amparados por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

En forma previa a avanzar en el análisis de la interrelación existente entre ambos plexos es necesario efectuar algunas precisiones con relación a la finalidad y a las particularidades de la ley de Defensa de la Competencia.

La ley 27.442 de Defensa de la Competencia

La ley 27.442, también denominada Ley de Defensa de la Com-

petencia (sancionada el 9 de mayo de 2018 y publicada en el Boletín Oficial el 15/5/2018), establece un esquema normativo que pretende preservar las características normales de un mercado, para lograr un equilibrio, con el objeto de no perjudicar el interés económico general. Para ello recurre a prohibiciones y sanciones correlativas. La misma presenta dos aspectos fundamentales: Por una parte, su artículo 1º prohíbe en forma general las conductas restrictivas de la competencia (actos colusorios) que constituyan un abuso de posición dominante, en la medida en que puedan ser perjudiciales para el interés económico general. Por otra parte, su capítulo III prohíbe las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general (art 8 de la LCD), estableciendo un procedimiento especial de aprobación de las concentraciones que reúnan ciertas condiciones económicas (art. 9 de la LCD) aplicando la regla de la razón, es decir observando si perjudica al interés económico general.

Ante lo expuesto se debe aclarar que el objeto de la presente ley es la protección del interés económico general que no es otro que el interés público, aplicado al derecho y la política de la competencia.[276] Este, también, se lo puede entender como el bienestar no solo de las empresas sino también de los consumidores contemplado por el artículo 42 de la Constitución Nacional y amparado por el artículo 43 de la misma, y que descansa sobre tres normativas que se vinculan entre sí : la mencionada ley de defensa de la competencia, la del consumidor y la de lealtad comercial, además del artículo 159 del Código Penal.

Breve análisis de los puntos sobresalientes de la ley 27.442

Crea la Autoridad Nacional de la Competencia (ANC), organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, con sede en la CABA aunque con posibilidad de actuar en todo el ámbito nacional. Dentro de la ANC, funcionan el Tribunal

276 TREVISAN, Pablo, Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia / Miguel del Pino ... [et al.]; Buenos Aires: La Ley, 2018.

de Defensa de la Competencia (TDC), la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (SICA) y la Secretaría de Concentraciones Económicas (SCE).

Somete a las disposiciones de la ley tanto a personas físicas como jurídicas, de carácter público y privado, que realicen actividades económicas en el territorio nacional y en el exterior. Para este último caso, las actividades o acuerdos deben producir efectos en el mercado local (art. 4).

Brinda una exposición acabada de la denominada posición dominante en el mercado (Art. 5) y la concentración económica (art. 7).

Establece un mecanismo de notificación previa ante la ANC en base a los siguientes supuestos:

a) Perfeccionamiento del acto "per se": los actos tipificados en el Art. 7, como la transferencia del fondo de comercio de una o varias empresas, o una fusión.

b) Materialización de la toma de control: si bien la ley no lo trata, el Reglamento se encarga de estipular la definición, indicando que "son todos aquellos actos que, de cualquier forma, de hecho o derecho, otorguen influencia sustancial al adquirente o cualesquiera de los integrantes de su grupo de control sobre el objeto de la operación".

Para que quede configurado dichos supuestos, la suma del volumen de negocio total entre el conjunto de las empresas debe superar los 100 millones de unidades móviles (UM).

El reglamento de la ley, por otra parte, ahonda en los supuestos en que debe notificarse con carácter previo. En todos los casos dispone que la notificación será facultativa para la parte vendedora, aunque el TDC podrá requerir su participación en el trámite.

El TDC, en todos los casos de notificación previa, deberá decidir por resolución fundada:

-Autorizar la operación

-Subordinar el acto al cumplimiento de condiciones, a establecer

por la misma autoridad

-Denegar la autorización.

Por otro lado, el Art. 14 faculta al TDC a que, previo a tomar una decisión, comunique a las partes involucradas sus objeciones y las convoque a una audiencia especial para considerar posibles medidas que mitiguen los efectos sospechados como negativos sobre la competencia, dando posibilidad de réplica ante la potencialidad o la duda sobre la operación.

Estipula que los actos de concentración económica que se concluyan en incumplimiento a lo establecido en el Art. 9, no producirán efectos jurídicos, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a las personas físicas o jurídicas que los ordenaron o coadyuvaron en su ejecución.

Puede expedir permisos: "El Tribunal de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo que establezca la reglamentación, podrá por decisión fundada expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2° de la presente, que a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general" (art. 29).

A pedido de parte, el TDC podrá emitir opiniones consultivas acerca de si un acto encuadra en la obligación de notificar a la ANC, conforme lo expuesto precedentemente. El decisorio es inapelable. Asimismo, el TDC puede actuar de oficio o ante denuncia del interesado para evaluar si un acto (no notificado) encuadraba en dicha obligación.

Las resoluciones del TDC son apelables. El recurso debe interponerse y fundarse ante el TDC, quien deberá elevar las actuaciones a la (aun por crearse) Sala Especializada en Defensa de la Competencia, de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial. El reglamento de la LDC establece que hasta tanto se cree la mentada Sala, será competente para entender en el recurso de apelación la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial de la Capital Federal.

Las sanciones van desde multas hasta la suspensión en el Registro Nacional de Proveedores del Estado.

Las figuras del compromiso, del programa de clemencia, la exención y la cooperación se destacan en el aspecto procedimental.

La interrelación y colisión del régimen de concursos y quiebras con la ley de defensa de la competencia

Los principales aspectos de esa interrelación son los siguientes:

La ley 24.522 señala que el síndico en el informe general deberá informar, si el deudor es pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la ley 25.156 por estar comprendido en dicha norma. La inclusión de este inciso 10) pone a cargo del síndico el deber de informar si en algún momento la concursada realizó algún acto de concentración que, según la ley de defensa de la competencia, debió ser notificado a la autoridad de aplicación para su contralor previo.

El capítulo III de la Ley de Defensa de la Competencia, incluye un régimen aplicable a las concentraciones económicas. Los procesos concursales pueden dar lugar a tales concentraciones por diversas vías; como parte de los "supuestos especiales" del art. 48 de la ley 24.522 y sus modificaciones, y como parte de la liquidación derivada de la quiebra del deudor.

Los acuerdos preventivos suponen un acto complejo en el que participan el deudor concursado y sus acreedores, estos acuerdos entre agentes económicos son susceptibles, como cualesquiera otros actos entre tales agentes, de incluir elementos restrictivos de la competencia y por lo tanto violatorios de la LDC.

Los acreedores ejercen diversos derechos y atribuciones en el contexto de los procesos concursales. Ese ejercicio es susceptible de tener efectos restrictivos de la competencia, y en tal carácter, ser violatorio de la LDC.

La 24.522 no posee ningún principio interpretativo expreso para estas cuestiones por lo que la discrecionalidad de los jueces en este aspecto es grande, así como la inseguridad jurídica que ello

acarrea.

Al respecto la doctrina intentó encontrar medios para conciliar dichos cuerpos legales buscando una interpretación coherente con los principios supremos de nuestro ordenamiento jurídico.

Al analizar los dos cuerpos legales podemos observar las colisiones que surgen en atención a los siguientes institutos:

-Concurso preventivo

-Supuestos especiales del art. 48 de la ley 24.522 o "Salvataje"

-Quiebra

Concurso Preventivo

Propuesta de acuerdo preventivo: El deudor que obtiene la apertura de su concurso preventivo, debe formular -según sea el caso- la o las propuestas por categorías a sus acreedores dentro del denominado periodo de exclusividad, obteniendo de estos las conformidades correspondientes de acuerdo a las mayorías exigidas por el ordenamiento concursal (Mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría)

Esta facultad está regulada en el art. 43 de la ley 24.522:

"las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que estos tengan calidad de socios, reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre los bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga en conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulara propuesta".

De esto que el deudor puede formular cualquier propuesta de pago: la norma transcripta parcialmente antes enumera posibilidades de propuestas, pero deja abierta la facultad de efectuar cualquier propuesta de pago dentro del marco legal.

En este contexto, la concursada no puede desconocer la normativa contenida en la ley 27.442 en virtud del principio sentado por el art. 8 del Código Civil y Comercial de la Nación que reza que "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico". Por lo tanto, no se debería proponer y concretar un acuerdo que conduzca a un resultado que transgreda esa normativa que, en atención al interés protegido, es de orden público. Es decir que puede realizar las propuestas enumeradas en el art. 43 de la LCQ siempre que no tengan como objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, ni impliquen un abuso de una posición dominante en el mismo, afectando el interés económico general (art.1 de la Ley 27.442).

Es responsabilidad del deudor respetar la Ley de Defensa de la competencia, de lo contrario, será susceptible de ser sancionado por la autoridad de aplicación correspondiente, esto es, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y en el caso de que el concursado fuera una persona jurídica privada , como una sociedad, dicha sanción será aplicada solidariamente a sus directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona cuando por su acción u omisión en el control y vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción (arts. 57 y 58, ley 27.442).

Homologación del acuerdo

Una vez obtenidas las conformidades según las mayorías previstas por la legislación concursal, el Juez debe homologar el acuerdo. El inc. 1 del art. 52 de la ley 24.522 no deja dudas al respecto, al señalar que "no deducidas las impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez (…) si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías legales, debe homologarla…".

En atención a lo expuesto anteriormente, tal homologación deberá dictarse siempre que del análisis del acuerdo no se derive afectación al orden público, de lo contrario el Juez no debe homologar el acuerdo presentado por el concursado. El mismo artículo 52 continúa diciendo en su inc. 4 que "en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley".

Este artículo plantea una situación interesante ya que podría suceder que el Juzgado, por el motivo que fuere, no advierta ninguna afectación a normas de orden público de la Ley de Defensa de la Competencia, y luego la autoridad de aplicación determina que el acuerdo generó efectos calificables como prohibidos por dicha normativa. Sea oficiosamente o por consecuencia de un tercero. Entonces surge el interrogante:

¿Podría el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano administrativo, disponer condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos ocasionados por el acuerdo sobre la competencia, cuando aquel fue homologado judicialmente?

Estamos indudablemente frente a un vacío legal producto del tratamiento aislado y divorciado de estas cuestiones que evidentemente tienen muchos puntos de contacto en la práctica. Este vacío se podría haber evitado si la ley 27.442 hubiera contemplado el caso de la empresa concursada dando una solución expresa a la cuestión. Una solución a lo antedicho es la propuesta por Cárrega "que el Juez del concurso, director del proceso, y autor de la homologación debería tener una intervención directa en el caso hipotético examinado aquí; aun cuando el concurso formalmente hubiera sido declarado concluido, de conformidad con lo previsto por el art. 59 de la ley 24.522. Pues ese magistrado intervino directamente en el análisis de la propuesta y en el cómputo de las conformidades para examinar si habían sido alcanzadas las mayorías correspondientes; amén de haber oído al deudor en la audiencia informativa correspondiente. Además, se trata del magistrado que homologó una propuesta que afectó principios de orden público; aunque, ciertamente, sin que esto fuera percibido al tiempo de la homologación"[277].

277 CÁRREGA, Francisco José: "El nuevo régimen concursal su compatibilidad con el dere-

En esta situación la autoridad de aplicación podría adoptar las medidas tendientes a eliminar efectos distorsivos de la competencia generados por el acuerdo, sin intervención del tribunal. Pero tales medidas, o aquellas que pudiera adoptar con arreglo a las facultades conferidas por el art. 55 de la ley 27.442, podrían disponerse siempre que no se altere en modo alguno el acuerdo homologado por el juez del concurso. De lo contrario estaríamos frente a un acto ilegítimo debido a un exceso en el uso de las facultades por parte de la autoridad de aplicación al entrometerse en decisiones judiciales prima facie firmes.

Para poder privar de efectos al acuerdo homologado en el marco del proceso concursal, integra o parcialmente, por no compadecerse con las normas de orden público de la ley 27.442, debe darse intervención al Juez que dirigió ese proceso. Esto está contemplado por la propia Ley de Defensa de la Competencia en el inciso c del art. 55 que dice que "el Tribunal podrá imponerle cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al Juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas".

Lo único que resta agregar es que también habría un deber por parte del juez de dar intervención a la Autoridad de aplicación en caso de que del informe general del síndico (Art. 39 de la ley 24522) surgiera la posibilidad de que el acuerdo entre concursada y acreedores afectara la competencia mediante actos o conductas prohibidas por la ley de Defensa de la Competencia. Cabría, entonces, en este caso, la posibilidad que si el acuerdo pudiera incurrir en conductas o prácticas señaladas por el artículo 2 de la LCD, se solicite un permiso de acuerdo al artículo 29 de la LDC el cual dispone: "El Tribunal de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo que establezca la reglamentación, podrá por decisión fundada expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2° de la presente , que a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general".

cho de defensa de la competencia. LL, 28/04/2004

Supuestos especiales del art. 48 de la ley 24.522 o "Salvataje"

En algunos supuestos de fracaso del acuerdo preventivo, de ciertas personas jurídicas como ser las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas y aquellas sociedades en que el Estado fuera parte en sus distintos niveles y antes de declarar su quiebra es posible aún intentar una solución no liquidativa. A ello apunta este segundo período de negociación de acuerdo preventivo, llamado salvataje, que se abre después de fracasado el concurso por diversas situaciones que la ley señala en su articulado. A diferencia del periodo de exclusividad, durante el cual solo la concursada puede negociar propuestas de acuerdo preventivo con sus acreedores, este tramo, llamado también período de concurrencia, se abre para que acreedores, terceros interesados y la cooperativa de trabajo conformada por trabajadores de la misma concursada (incluida la cooperativa en formación) puedan ofrecer, negociar y acordar propuestas de acuerdo preventivo con sus acreedores y, eventualmente, también con los socios de la deudora. Esta etapa se abre con miras a extremar la asignación de oportunidades a la reorganización empresaria y evitar así la quiebra liquidativa; por ello es que se hace legalmente factible que personas distintas a la concursada adquieran por vía de negociación o por efecto legal irresistible, el capital social.

Es decir que el salvataje puede conllevar el reemplazo del concursado por un nuevo empresario, por imposición legal, prescindiendo de la voluntad del deudor: "se transfieren coactivamente las participaciones societarias por un precio incierto, que se define en su monto recién al final de un complejo procedimiento que culmina con la resolución judicial que dispone la transferencia de las cuotas o acciones al cramdista ganador de la competencia"[278].

Con relación a la LDC, reiteramos la aplicación del art. 8 del CCCN, por lo que todos los interesados en la adquisición de las acciones o de cuotas de la concursada, están obligados a conocer las normas de orden público de la ley 27.442 y tienen el deber jurídico de respetarlas. En caso de que las violen, tanto ellos como sus

278 DASSO, Ariel A., "Naturaleza jurídica del cramdown. Su conditio iuris: la mejor oferta" LL, Buenos Aires, 21/11/96, p. 1/6

administradores(Directorio o gerentes), su sindicatura o quienes integren el Consejo de Vigilancia según fuere el caso, serán sancionados por el Tribunal de Defensa de la competencia, en atención a que la adquisición de las acciones o de las cuotas de la sociedad concursada por parte de un acreedor o de un tercero podría conducir a una concentración empresaria prohibida por la ley 27.442, según sus incisos 57 y 58. De modo tal, que aquellos deberían abstenerse de participar en el proceso previsto por el art. 48 de la ley 24.522, o al menos no deberían hacerlos sin dar intervención a la autoridad de aplicación, por lo menos mediante una solicitud de recomendación (arts. 10 inc. e y 28 inc. i) de Ley de Defensa de la Competencia.

El problema que se presenta aquí es que los supuestos que permitirían intervenir a la autoridad de aplicación no concuerdan temporalmente con el procedimiento previsto por el art. 48 de la LCQ. Por ello una solución hasta que se modifiquen las leyes sería que el interesado tenga el deber de comunicar al juez que entiende en el concurso, que la adquisición por su parte del paquete accionario o de las cuotas de la concursada, podría llegar a ser cuestionable a la luz de la ley 27.442. Ello sin defecto del deber del síndico de informar al juez sobre la materia; obligación incorporada en el inc. 10 del art. 39 por ley 25.589.

El problema de la temporalidad está dado porque para prevenir esa potencial concentración atentatoria de la LDC el magistrado podría disponer que el Tribunal de Defensa de la Competencia se expida en un plazo perentorio sobre aquella posible e incierta adquisición de las acciones o de las cuotas por alguna persona en particular (colectiva o individual) con el apercibimiento de que en el supuesto de no pronunciarse se resolverá con las constancias obrantes en el expediente (la misma solución debería adoptarse en los casos en los que sea el Juzgado el que oficiosamente detecte alguna colisión normativa, o la concursada advierta el riesgo de la misma) Este silencio debería asimilarse al previsto por el art. 15 de la ley de Defensa de la Competencia que implica la autorización tácita de la operación.

Como se trata de un supuesto no regulado y excepcional, esta alteración de los plazos no puede ser un obstáculo para dar una

solución concordante con el espíritu de ambas leyes puesto que se trata de una operación que podría ser cuestionada por la Ley de Defensa de la Competencia, y que está bajo la órbita decisoria del juez del concurso.

"Ciertamente que, si el Juez adjudicara a una empresa las acciones o las cuotas de la concursada, y luego se produjeran alteraciones sustanciales a la normativa de orden público de la ley de defensa de la competencia, no podría concluirse que la ausencia de pronunciamiento oportuno de la autoridad de aplicación "pugó" esa actividad de la empresa"[279].

Solo en el caso en que la autoridad de aplicación, habiendo tenido la oportunidad de expedirse sobre el asunto no lo hubiera hecho, podría objetarse su pretensión de denegar la autorización.

Finalmente queda el supuesto que el Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunciara en el plazo dispuesto por el Juez denegando la concreción de la operación de acuerdo a lo prescripto por el art 14 inc. c), de la ley 27.442.

El juez debería apartar del procedimiento a la empresa en cuestión, aun cuando ya hubiera obtenido las conformidades de los acreedores, y hubiese sido la primera inscripta en el registro.

Ello es así, puesto que es la autoridad de aplicación la que se encuentra legitimada a efectos de autorizar o no la concentración empresarial, en función del interés económico general. No existiría argumento jurídico ni fáctico para que el juez del concurso prive de virtualidad a las facultades de dicho organismo.

En conclusión, una vez homologado el acuerdo obtenido entre adquirente y acreedores de la concursada o terceros, habiendo guardado silencio el Tribunal de Defensa de la Competencia, no podrá objetarse la concentración producida salvo que la autoridad de aplicación no pueda controlar y, en su caso, sancionar la actividad posterior del adquirente que transgreda la normativa de la ley 27.442.

279 CÁRREGA, Francisco José, op. Cit.

Quiebra

En esta etapa, el conflicto se presenta alrededor de los arts. 204 y siguientes, de la ley 24.522, que establecen como modalidades de realización de los bienes de la fallida: "según este orden preferente:

a) enajenación de la empresa, como unidad

b) enajenación en conjunto de los bienes que integren el establecimiento del fallido en caso de no haberse continuado con la explotación de la empresa

c) enajenación singular de todos o parte de los bienes.

Es factible, que una empresa intente adquirir la totalidad de los bienes de la fallida, cuando esta sea su única o mayor competidora en algún rubro del mercado. Frente a las denuncias que se efectúen al respecto ante la autoridad de aplicación de la ley de Defensa de la Competencia, esta podría intervenir, impidiendo una oferta de alguna persona en particular, e incluso difiriendo la aprobación de alguna venta hasta tanto el organismo se expida. Sin embargo, es sumamente dificultoso que puedan existir denuncias previas a la venta de los bienes, puesto que lo usual es que aquella se produzca mediante procedimientos como la subasta pública (Art. 206 de la ley 24522), la licitación (Artículo 205 de la ley 24.522) y la venta singular. (art. 208 de LDC). No obstante, es responsabilidad del síndico y del juez realizar la consulta pertinente a la Autoridad de aplicación de acuerdo al artículo 29 de la LDC.

CONCLUSIÓN

Es evidente la necesidad de realizar una reforma integral de las leyes analizadas que vaya más allá de un simple agregado de artículos como se hizo con el art. 39 de la ley 24 522 en su momento y que no solo tenga en cuenta las disposiciones de la ley 27.442, sino también las de los restantes cuerpos normativos vigentes en nuestro país.

Por lo expuesto anteriormente, es esperable que una próxima reforma legal, tanto en materia concursal como en materia de de-

fensa de la competencia tenga en cuenta los aspectos analizados, para lograr una armonización y una mayor seguridad jurídica.

Bibliografía

CABANELLAS, Guillermo: “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Buenos Aires, 1983- Ed. Heliasta.

ROUILLON, Adolfo A.N. Régimen de Concursos y Quiebras. Astrea. 2015.

§ 3.18. Derecho concursal. Acreedores con privilegio no comprendidos en el acuerdo preventivo homologado

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Guillermo Horacio F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina, Partido de la Costa

PONENCIA

La ejecución de la sentencia de verificación del crédito privilegiado no comprendido en el acuerdo preventivo puede incoarse una vez homologado el mismo por ante el juez que corresponda según la naturaleza de la acreencia, sin necesidad de reserva, comunicación o autorización del juez del concurso.

FALLO

"Grupo Fontana S. A. su concurso Preventivo", Juzgado Civil y Comercial Nro. 3 de Dolores de fecha 8 de octubre de 2020. Expediente 64965.

"El apoderado de la Administración Federal de Ingresos Públicos solicita, teniendo en cuenta que la concursada ha cancelado el crédito quirografario, le autorice el juez la vía de la ejecución individual respecto del crédito con privilegio general verificado. Se ordena la formación de un incidente de **ejecucion individual**. Fecho y con conocimiento de la Receptoría General de Expedientes, dejando debida constancia en el principal que se dará por iniciada la ejecución del crédito con privilegio general".

FUNDAMENTACIÓN

El fallo que anotamos en esta ponencia constituye una deformante aplicación del artículo 57 de la ley 24522 al que se induce con una inopinada petición del letrado apoderado de la Administra-

ción Federal de Ingresos Públicos. En efecto el fisco obtiene la verificación de su acreencia en parte quirografaria y en parte con privilegio general. El deudor realizó propuesta para los acreedores quirografarios y la misma fue homologada, habiendo dado cumplimiento cabal con los términos del acuerdo. En cuanto al crédito privilegiado el deudor no lo ha abonado, por lo que, en los términos del artículo citado el acreedor podía optar, por pedir la quiebra del deudor con los límites del artículo 80 apartado final LC y Q, bien ejecutar la sentencia verificatoria.

Esta es la vía elegida la "ejecución individual" de la acreencia en los términos de la sentencia verificatoria.

Queda claro en consecuencia que **este es un derecho del acreedor** y no un acto que demande aprobación judicial. Este derecho nace **con la homologación del acuerdo**, quedando limitada la actuación judicial a expedir testimonio de la sentencia verificatoria porque la acción tramita ante el juez que corresponda Y **claramente no se trata de un incidente del concurso dos veces concluido: por la homologacion y por el cumplimiento del concurso preventivo.**

El letrado del acreedor peticiona autorización para la ejecución individual y no la necesita, el juez se la acuerda pero se arroga una competencia que no le corresponde y el deudor concursado no sabe a qué atenerse. La ley es clara que el acreedor puede **ejecutar la sentencia** lo que presupone la existencia de un **juicio de ejecución** y no un incidente, cuyo trámite no abastece el concepto de juicio ejecutivo y por otra parte le obliga a oponer las excepciones dentro del marco cognitivo del proceso concursal. Ergo, se perjudican el acreedor al verse privado de la competencia del tribunal que corresponde conforme la naturaleza de su crédito y del trámite de la ejecución de sentencia y se perjudica el tribunal, arrastrando a su jurisdicción un proceso que escapa a su competencia. Si se trata de un crédito fiscal no comprendido en el acuerdo, lo que impone que no está novado, la jurisdicción es la federal civil y comercial, toda vez que habiendo cesado por conclusión el concurso preventivo **no hay fuero de atracción** como sucede también con los créditos de causa o título posterior a la presentación.

En el caso se rechaza la excepción de prescripción que el concursado reserva para la acción individual que consiente sea formada, y en tal caso falla sobre una cuestión que escapa naturalmente a su competencia.

Por ello el fallo sienta un mal precedente que esperamos la instancia de revisión corrija.

§ 3.19. Diferimiento del pago de cuotas de acuerdos concursales homologado

Por Dr. Daniel Balonas

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Acreditado sumariamente por el concursado que la Pandemia mundial afectó significativamente sus ingresos, el juez debe postergar en forma general el pago de las cuotas derivadas de acuerdos concursales homologados. Ello sin perjuicio de la facultad del concursado de arribar a acuerdos en forma directa con sus acreedores.

Fundamos lo anterior en que el caso fortuito (Art. 1730 C.C. y C.N.) releva al deudor de la responsabilidad por la mora, con lo que no resultando culpable por ella no puede ser sancionado con la quiebra por incumplimiento.

El carácter de Cosa Juzgada de la resolución que homologó el acuerdo concursal en nada afecta lo anterior.

1. La pandemia mundial reconocida por la OMS y las normas consecuentemente dictadas en nuestro país a partir del DNU 260/2020 son un "caso fortuito" quizás con el mayor alcance que para tal instituto pudiera esperarse.

Claramente ha sido -al menos para el hombre medio y aún para el empresario- un hecho imprevisible o, si lo hubiese previsto, imposible de evitar.

Así, no requiere prueba alguna el afirmar que ningún concursado pudo prever estas circunstancias cuando formuló la propuesta que a la postre se convirtió en acuerdo y fue homologada.

2. Claro que el efecto de la pandemia y el posterior Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio -ASPO-, o en su caso el Distanciamiento Social, no ha sido igual sobre todas las empresas.

Existen casos -aislados, por cierto- en que contrariamente a lo esperado la situación actual ha generado beneficios económicos o financieros. Valen de ejemplos las entidades de medicina prepaga, las plataformas de venta con entrega a domicilio o ciertos rubros donde casi toda la producción se exporta.

Pero en la mayor parte de los casos el efecto ha sido sensiblemente negativo y en otros ha destruido toda actividad. Podemos mencionar aquí a la actividad gastronómica a excepción del delivery, la actividad turística o toda la desarrollada en shoppings o paseos de compra.

Sostenemos que en estos últimos casos el vencimiento de las cuotas del acuerdo homologado, que se encuentren impagas debe postergarse. Al menos hasta noventa (90) días después de la fecha en que la concursada pueda retomar su actividad en forma relativamente normal.

3. Sabemos que hay un Proyecto de Ley en trámite, originalmente aprobado en la Cámara de Diputados, luego reformado en el senado el pasado 16/10/2020 y ahora devuelto a la cámara original, que dispone esta suspensión.

Es posible que para el momento que se trate esta ponencia el proyecto ya se haya convertido en Ley y, de algún modo, las conclusiones resulten abstractas. Aunque creemos que ello no le quita interés académico al planteo, que de hecho ha sido necesario a lo largo de los cuatro meses transcurridos desde que se reanudaron los plazos procesales, sin que el proyecto de Ley haya sido sancionado.

4. Como dijimos, los hechos relatados encuadran, con claridad, en el supuesto que nuestro Código Civil y Comercial denomina Caso Fortuito o Fuerza Mayor. En el art. 1730 de dicho código se

considera caso fortuito o fuerza mayor (a estos efectos funcionan como sinónimos) al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Y sigue diciendo tal norma que "El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario".

Se ha dicho que, para que un hecho configure caso fortuito o fuerza mayor, deben darse los siguientes requisitos:

1. Debe ser inevitable, ya sea por imprevisible -lo que no se puede prever no se puede evitar- o por carecer el agente de la posibilidad de evitarlo aun cuando lo previera. Lo fundamental es que ni el sujeto obligado, ni cualquier persona media en su lugar, podría haber impedido el hecho o el daño.

2. Debe ser ajeno a las partes. El daño no debe haber sido facilitado por culpa de quien lo provoque y no debe tratarse de un riesgo propio de la actividad.

3. Debe ser sobreviniente. No debe haber sido conocido ni haber existido al momento de contratar.

4. Debe ser invencible. Debe tornar de cumplimiento imposible la obligación asumida.

5. Debe ser actual. Debe existir al momento de la exigibilidad de la obligación y no ser una mera amenaza o posibilidad.

Es evidente que ningún empresario pudo prever una pandemia mundial, que lo obligara a cerrar sus puertas y quedarse sin ingresos durante casi un año.

No pudo prever tal cosa ni al momento de negociar con sus acreedores ni al momento en que se homologó el acuerdo. Tampoco pudo preverlo hasta pocos días antes del comienzo del ASPO.

De allí que estamos claramente en presencia de un Caso Fortuito que libera al deudor de toda responsabilidad, por lo que no se podría considerar que media mora o incumplimiento en el pago de las cuotas concordatarias, aun cuando las mismas no hubiesen sido abonadas (Art. 1730 C.C. y C.N.).

5. Sin perjuicio de todo lo expuesto, es de esperar que la situación se supere.

El ASPO no puede ser eterno. Se espera, paulatinamente, la reapertura de todas las actividades, algunas antes y otras después. Al comienzo con restricciones y, en su caso, con adaptaciones a la nueva realidad que podrían perdurar a lo largo del tiempo. De allí que la imposibilidad de cumplimiento sea temporal y no definitiva.

Así, no corresponde eximir al deudor de la responsabilidad de cumplir los pagos comprometidos, más si corresponde eximirlo de la responsabilidad por la mora mientras duren las restricciones a su actividad.

En tal sentido se ha sostenido recientemente que "con base en la señalada coyuntura, este Tribunal, admitirá la pretensión cautelar referida a diferir los plazos de vencimiento de los pagos de las cuotas concordatarias hasta el levantamiento del estado de cuarentena dictado por el Poder Ejecutivo Nacional … la medida que se adopta, lejos de modificar la sentencia homologatoria, se convierte en un instrumento para su cumplimiento -bien que diferido en el tiempo- pues intenta evitar un posible decreto de falencia, con sus consecuencias para los acreedores, la empresa concursada y el comercio en general .. es decir, se implementa como un modo de permitir la concreción del acuerdo adaptado a la situación imperante, que claramente excede toda imaginación y posibilidad de previsión" (CNCom Sala B, 30/6/2020, en autos "ALVAREZ, ROMINA JULIETA S/ CONCURSO PREVENTIVO).

6. Es por ello que postulamos que, acreditado sumariamente que, a consecuencia de las normas de emergencia, el flujo de fondos del concursado ha resultado severamente afectado, debe admitirse la postergación en el pago de toda cuota del acuerdo concursal homologado pendiente, al menos hasta noventa (90) días después de que cesen las restricciones a su actividad normal.

El deudor no es responsable por la mora y, en consecuencia, no puede sufrir perjuicios a consecuencia de ella.

§ 3.20. Cooperativa de trabajo

Por Dr. Jorge H. Santi

Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

Las cooperativas de trabajadores o asociaciones de estos, ¿son un medio idóneo para preservar el derecho de los trabajadores frente al fracaso del concurso preventivo o la liquidación de la empresa en la quiebra, o bien una ratonera? Una ratonera.

FUNDAMENTOS

Podría empezar esta fundamentación, refiriéndome al tema del capital de trabajo necesario para el funcionamiento de la empresa cesada en manos de los trabajadores, pero no, eso lo dejo para los estudiosos de la economía.

O bien podría abordar el tema desde la "compensación" de los créditos de los trabajadores como pago por la empresa cesada que reciben, pero no, eso se los dejo a los juristas amantes de la exegesis y de la glosa.

También podría aprehender el instituto desde el análisis sistémico de las normas contenidas en los arts. 48 bis y 203 bis de la LCyQ, frente a las normas de la LCT que en su espíritu tuitivo de los derechos de los trabajadores prohíbe terminantemente abonar su salario en especie, eso se los dejo a los seguidores de Savigny, Geny, o a los de la teoría hermenéutica de la interpretación del derecho.

Mi aproximación será pre jurídica.

La razón de ser del derecho y su fin último concuerdan: el hombre

Por lo cual he fijado mi atención en él y la explicación que de ello

se deriva es la siguiente; a mediados de los 90 se privatizo YPF en dicho marco se redujo la planta de personal de la destilería La Plata de cerca de 4000 empleados a más menos 1500, a cambio de ello se los indemnizo generosamente y se los alentó a que formaran sociedades entre ellos teniendo en cuenta su especialidad y que prestaran a través de estas servicios tercerizados a YPF-

Así se formaron aproximadamente 70 pymes, conformadas por ex trabajadores de YPF para realizar la misma tarea que realizaban dentro de la empresa. Se las capitalizo, y se les formalizo un contrato por dos años, a partir de dicho tiempo debían volar solos-

Hoy solo quedan 3 y una de ellas en concurso preventivo-

Si esto fue así en empresas "in bonis" y con actividad asegurada por dos años, que esperar de empresas "recuperadas para la economía", del concurso fallido o de la quiebra.

No existen estadísticas, pero por la información que de oído dispongo, la suerte es parecida.

Ello, me llevo a la siguiente reflexión, el problema no está en el capital, tampoco en la redacción de la ley, menos aún en su relación sistémica, está en otro lado, en el hombre, o mejor dicho en una idealizada, voluntarista y por ende indebida aprehensión de la naturaleza humana por parte del legislador.

Fue así que puse manos a la obra y diseñe una encuesta para que realizaran mis alumnos, la que se practicó durante más de cinco años a la fecha y que consiste en lo siguiente:1º Deben entrevistar dos personas, una que trabaje en relación de dependencia y otra que sea cuentapropista, si a su vez esta tiene personal en relación de dependencia mejor. 2º Le deben de formular una sola pregunta; ¿ En qué piensa Ud.?, al levantarse, a media mañana , al medio día, a media tarde, antes de cenar y antes de dormir.

Las respuestas arrojan en cerca de un 90% que, el encuestado en relación de dependencia solo piensa en el trabajo durante el horario laboral y a veces ni siquiera durante todo el horario, pues conforme se acerca la hora de finalización de la jornada laboral comienza a pensar en otra cosa que hará al salir. Mientras que el cuentapropista piensa 24 hs por 24 hs en su trabajo.

En algún momento de la vida del hombre su camino lo enfrenta a una bifurcación, donde hay un cartel que dice, cualquiera de estos dos caminos lo llevan a la felicidad (fin último promedio en el ser humano), pero advierte, para ello deberá elegir aquel que se ajuste a su personalidad, caso contrario fracasará.

Así las cosas algunos eligen el de las 8 hs x 24, y un ciclo económico de 30 días, y en él pueden realizarse.

Otros eligen el de 24 hs x24 y sin un ciclo económico fijo ni definible.

Una vez adentrados en sus caminos, si se pretendiera intercambiarlos(cambio de roles) lograría un mal desempeño de ambos en su nuevo rol, producto de una alienación producida por la no adaptación rápida a su nueva función. A mi juicio, he aquí la causal primigenia del alto porcentaje de fracaso de las empresas gestionadas por trabajadores, que cambiaron de rol, no por voluntad propia sino por imperio de la situación.

Porque ratonera?, pues al igual que en estas se direcciona al sujeto hacia un objetivo que aprecia, prima facie muy tentador, pero que no se encuentra preparado ni cuenta con las herramientas de personalidad (no cuenta ni con herramientas ni recursos internos propios) necesarias para lograrlo.

El daño ocasionado es grave, perdida de una indemnización (red de contención que ofrece el camino de las 8 hs.), perdida de años de aportes, muchos si sumamos los que no integro su anterior empleador a los que no integra el mismo como cooperativista o similar en los dos o tres años que tarda en desbarrancar su empresa recuperada.

Pero lo más grave es que perdió años de vida y por ende juventud en una aventura que ab initio tenía pocas posibilidades de llegar a buen puerto, esto sí que no tiene retorno, como tampoco lo tendrá la sensación de desazón que sobrevendrá al darse cuenta de la realidad- Que provocara un estado de devastación y desmoronamiento psicológico que le afectará aún si quisiera regresar a su anterior rol.

Se puede hacer mucho daño queriendo hacer el bien.

§ 3.21. La quiebra pedida por acreedor en los términos del art. 80 de la ley 24.522

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Andrés A. Garaguso y Guido Rossi

Colegios de Abogados de Mar del Plata, de Dolores y de Graduados de la U.A.A. del Partido de la Costa

PONENCIA

La quiebra pedida por acreedor en los términos del artículo 80 de la ley 24522 puede no ser declarada, cuando la prestación incumplida que fundamenta la demanda, puede no ser exigible o la obligación estar resuelta o suspendida conforme las reglas de los artículos 955,956 y 1732 del Código Civil y Comercial.

FUNDAMENTOS

El artículo 80 de la ley 24522 legitima a cualquier acreedor de obligación exigible a peticionar la quiebra de su deudor, sin considerar la naturaleza de la misma o los privilegios de los que estuviere dotada. A su tiempo el artículo 83 de dicha ley impone al acreedor solicitante la acreditación de:

1) Que el deudor de la obligación es sujeto de derecho o un patrimonio comprendido en el artículo 2 de la ley 24522.

2) Hechos reveladores del estado de cesación de pagos, sean estos de la lista meramente indicativa del artículo 79 LC y Q. u otros no comprendidos en ella.

3) Sumariamente su crédito. La sumariedad es consecuencia que la sentencia de quiebra no contiene un reconocimiento e incorporación del acreedor solicitante de la falencia, ello será el efecto del mecanismo legal reglado en los artículos 32 y siguientes y 200 y 202 de la ley 24522.

La norma del artículo 83 que repite su antecedente de la ley 19551 no incluye la justificación y prueba de la exigibilidad de

la obligación que como novedad incorpora el artículo 80 LC y Q. Ante tal ausencia se han planteado diversas interpretaciones: a) La mayor parte de la doctrina siguiendo a Rivera estima que debe ser justificada la exigibilidad, aunque la insolvencia de pruebe por otros hechos distintos a los del inciso 2 del artículo 79 LC y Q. b) Para Morello esta exigencia probatoria solo se impone cuando el hecho revelador de la insolvencia que se invoque sea la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

Ciertamente exigible no es solo que se encuentre vencido el plazo que modalizara el cumplimiento, es además que conforme el sistema jurídico la obligación se encuentre en condiciones de derecho que no hubieren suspendido o extinguido su eficacia.

La pandemia que nos atraviesa COVID 19, constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que ha afectado severamente la economía. Dice en R.C. Doctrina Federico Ossola; "Es evidente que la pandemia de COVID 19 ha afectado drásticamente todos los aspectos existenciales de la persona y el campo de las relaciones jurídicas no constituye una excepción". Como consecuencia de ello cobran autoridad a juicio del autor "dos eximentes del incumplimiento obligacional por la pandemia: la imposibilidad de cumplimiento-por hecho ajeno- y el estado de necesidad –por impotencia patrimonial-…".

De conformidad con los artículos 955 y 956 del Código Civil y Comercial, cuyo alcance refuerza el artículo 1732, la obligación insatisfecha puede no ser exigible por estar revocada su eficacia por imposibilidad absoluta y definitiva de cumplimiento o por imposibilidad absoluta pero temporal de cumplimiento. En cualquiera de las dos hipótesis la obligación **no sera exigible aunque nominalmente pueda estar vencida**. No existe "mora en el cumplimiento de las obligaciones" y sin ella no puede justificarse por el incumplimiento la existencia del estado de cesación de pagos. Con relación a los contratos turísticos ya ha sostenido esta posición uno de los autores de la presente – Horacio Pablo Garaguso en Congreso organizado por la Universidad Nacional de La Plata- y es la opinión que puede extraerse de Federico Dangelo Martínez (Trabajo del 9 de junio de 2020 SAIJ: DACF 200119). La pandemia que nos afecta es a juicio de este autor sobrevenida, objetiva, absoluta para

algunas actividades, pero puede ser definitiva o temporaria conforme las reglas de los artículos 955 y 956 citados. En ambos casos la obligación **no es exigible,** lo que descarta la posibilidad que el "acreedor" pueda peticionar la declaración en quiebra de su deudor. En general la racionalidad ha privado sobre el capricho y tanto el prestador como los prestatarios se han ajustado a la realidad, por ello son pocos los precedentes judiciales que se perciben.

La cuestión debe analizarse a la luz de los principios de los artículos 9 y 10 del Código Civil y Comercial, pero también conforme los nuevos principios gestados en las crisis: esfuerzo compartido, contribución y mayor esfuerzo que analizan dos de los autores de la presente en otras ponencias de este encuentro y del de Quilmes que le precediera.

Así las cosas se puede lograr con justicia una solución que en el plano normativo proponía el proyecto de ley de "sostenimiento de la actividad económica" aprobado por la Cámara de Diputados en julio del corriente año, es decir vedar cierto tipo de quiebras que afectan el interés general y la paz social.

Dejamos a consideración de los autos la presente ponencia.

§ 3.22. Pedido de quiebra por acreedor. ¿Se viene un cambio jurisprudencial en el Departamento Judicial de San Isidro respecto a los requisitos de admisibilidad en el pedido de quiebra por acreedor?

Por Dra. Mariela Bichler y Dra. Victoria Martinelli Phillip

Colegio de Abogados de San Isidro

Es dable sostener en general, en el marco de la JA de la Pcia de Buenos Aires, que el pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito, sino a la comprobación de la existencia del presupuesto objetivo de la quiebra –cesación de pagos-. Y en este sentido, y en esta línea argumental destacan nuestros tribunales inferiores departamentales, que el mero incumplimiento de una obligación no implica cesación de pagos, ya que tal situación patrimonial supone la imposibilidad de cumplir de manera regular con las obligaciones exigibles. Así, en general concluyen que los cheques rechazados no logran acreditar un efectivo estado de impotencia patrimonial, debiendo primero agotar la vía ejecutiva para el cobro de los mismos, no pudiendo pedir con dichos títulos ejecutivos la quiebra del deudor.

Si bien con anterioridad la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Y comercial del Departamento Judicial de San Isidro ha participado del criterio expuesto, en cuanto postula que el pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito y por ende aquel que se intente con fundamento en el incumplimiento de una obligación por parte del deudor no implica cesación de pagos, en el caso en análisis ha sostenido que existen otros elementos que permiten presumir la impotencia patrimonial a la que alude el art. 79 de la LCQ correspondiendo a la deudora dar las explicaciones y producir las pruebas, de conformidad con lo normado por los Arts 83 segundo párrafo y 84 de la LCQ.

DESARROLLO

CACC San Isidro, Sala III, Pantronic S.R.L. s/ pedido de quiebra solicitado por Carmain S.R.L., Expte. Nro. 40577/18, reg. 229, 28/05/19.

En primera instancia se rechazó in limine el pedido de quiebra de Pantronic S.R.L. solicitado por Carmain S.R.L., por considerar que no se había acreditado un efectivo estado de impotencia patrimonial, estableciendo además que el mero incumplimiento de una obligación no implicaba la cesación de pagos y que el pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito.

La Sala III de la Cam. Civ. y Com SI. revocó la resolución de primera instancia al establecer que:

1) No es carga del peticionante demostrar la efectiva existencia de estado de cesación de pagos, pues se encontraría imposibilitado o muy dificultado de cumplimentar dicha prueba en el marco legal vigente (del voto individual de la señora juez Doctora Soláns);

2) Al peticionante le basta con acreditar la existencia de alguno de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos, presupuesto del proceso de ejecución colectiva que intenta proseguir (del voto individual de la señora juez Doctora Soláns);

3) Resulta suficiente para decretar la quiebra la acreditación de la existencia de un crédito líquido y exigible y de un hecho revelador de la cesación de pagos como lo es la mora en el cumplimiento de una obligación (art. 79 inc. 2° LCQ) (del voto individual de la señora juez Doctora Soláns);

4) En el caso existen otros elementos que, además del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, permiten presumir la impotencia patrimonial a la que alude el art. 79 de la LCQ (del voto individual de la señora Juez Dra. Mauri).

Las cuestiones planteadas en la Alzada fueron las siguientes:

1) ¿Es justa la resolución apelada?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Respecto al punto 1) la Dra. Solans consideró lo siguiente:

La resolución de I Instancia rechazó in limine el pedido de quiebra de Pantronic S.R.L. solicitado por Carmain S.R.L., sin costas por inoficioso, considerando que el pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito, sino a la comprobación de la existencia del presupuesto objetivo de la quiebra, cual es el estado de cesación de pagos-. En este sentido, destacó que el mero incumplimiento de una obligación no implica cesación de pagos, ya que tal situación patrimonial supone la imposibilidad de cumplir de manera regular con las obligaciones exigibles. Así, concluyó que la documentación acompañada y los hechos alegados en la demanda no lograban acreditar un efectivo estado de impotencia patrimonial.

Respecto a la cuestión 2) en la articulación recursiva de la recurrente sostiene 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. Argumenta que el art. 83 de la LCQ solo requiere del acreedor peticionario de la falencia la prueba sumaria de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos. En tal contexto, destaca que en el caso el pedido de quiebra se realizó en base a ocho cheques rechazados por falta de pago, los cuales habrían sido entregados por Pantronic S.R.L. a fin de cancelar una operación de compra de mercaderías acreditada con las facturas y remitos de estilo.

Añade además que la Sra. Juez de origen omitió evaluar el informe obtenido del sitio web del Banco Central de la República Argentina (BCRA) y acompañado con la demanda , el cual daría cuenta de la situación de la deudora respecto al universo de sus acreedores, puesto que de allí surge que registra 83 cheques rechazados de tres entidades bancarias distintas, de los cuales 44 fueron abonados por la sociedad, configurándose prima facie una violación al principio par conditio creditorum.

Entiende que las circunstancias reseñadas demuestran el estado de cesación de pagos de Pantronic S.R.L., por lo que solicita que

se revoque el auto recurrido y se cite a la deudora en los términos del art. 84 de la LCQ.

Al tratar el recurso la Sala III entendió que el acreedor peticionante de la quiebra debe demostrar los hechos reveladores de la cesación de pagos, es decir las circunstancias que exteriorizan una eventual situación patrimonial en virtud de la cual el deudor se encuentra imposibilitado de hacer frente a las obligaciones exigibles recurriendo a medios genuinos de crédito, no siendo carga del acreedor demostrar la efectiva existencia de ese estado patrimonial, que por otra parte debe ser generalizado y permanente, prueba esta que se encontraría imposibilitado o muy dificultado de cumplimentar en el marco legal vigente (conf. arts. 78, 79, 80, 83, 84 LCQ).

A quien pretende la declaración de quiebra de su deudor, por el contrario, le basta acreditar la existencia de alguno de los hechos reveladores de tal estado de cesación de pagos, presupuesto del proceso de ejecución colectiva que intenta proseguir–En este sentido, el art. 79 inc. 2° 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. En el caso tratado, la sociedad requirente sustentó su reclamo en el rechazo de nueve cheques –ocho de ellos por falta de fondos- de pago diferido librados por Pantronic S.R.L. , los cuales atribuyó al pago de una operación de compraventa de mercaderías. Esta circunstancia –existencia de nueve cheques rechazados- autoriza a presumir la cesación de pagos del librador- 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. 2° LCQ-), las exigencias legales a su cargo deben considerarse cumplidas, correspondiendo a la deudora dar las explicaciones y producir las pruebas .

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 (Rouillon, “Régi-

men de Concursos y Quiebras", Astrea, CABA, 2013, p. 194; causa SI-40454-2018 r.i. 30/2019 de esta Sala III), en el sub lite la sociedad peticionante acompañó con la demanda una consulta de información que afirmó extraer del sitio web del BCRA, de la cual se desprende que 83 cheques librados por la firma Pantronic S.R.L. fueron rechazados en el año 2018 (fs. 40), y que dicha sociedad posee deuda con tres entidades financieras distintas, dos de las cuales han calificado su situación como "con problemas" (riesgo medio).

Consecuentemente, la Sala III consideró que el rechazo in limine del pedido de quiebra formulado por Carmain S.R.L. resultó prematuro, toda vez que los documentos acompañados resultan potencialmente aptos 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 (arts. 79, 80, 83 y cc. LCQ; conf. causa SI-40454-2018 r.i. 30/2019 de esta Sala III; conf. CC0002 LZ 19010 RSI-489-97 I 16/09/1997; conf. CNCom. Sala C, Jorfab. Como consecuencia de lo expuesto se revocó la resolución apelada, debiendo continuar los autos conforme establecen los arts. 83 segundo párrafo – en su caso- y 84 de la LCQ, e imponer las costas en el orden causado (arts. 68, 69 CPCC y 278 LCQ).

CONCLUSIÓN

Tal como las mismas magistradas reconocen, parecería que se viene un cambio en la JA del Departamento Judicial de San Isidro ya que si bien con anterioridad han participado del criterio sustentado en la resolución en crisis, en cuanto postula que el pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito y por ende aquel que se intente con fundamento en el incumplimiento de una obligación por parte del deudor no implica cesación de pagos, en la cuestión dirimida entendieron que existieron otros elementos que permitieron presumir la impotencia patrimonial a la que alude el art. 79 de la LCQ correspondiendo revocar la resolución recurrida, debiendo continuar los autos conforme establecen los arts. 83 segundo párrafo –en su caso- y 84 de la LCQ,–En este sentido, el art. 79 inc. 2° 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. En el caso tratado, la sociedad requirente sustentó su reclamo en el rechazo de nueve cheques –ocho de ellos por falta de fondos- de pago diferido librados por Pantronic S.R.L. , los cuales atribuyó al pago de una operación de compraventa de mercaderías. Esta circunstancia –existencia de nueve cheques rechazados- autoriza a presumir la cesación de pagos del librador.

Así, según el sistema previsto por la LCQ, acreditada prima facie por el acreedor la existencia de un crédito líquido y exigible y la presencia, tan siquiera, de un hecho revelador de la cesación de pagos (mora en el cumplimiento de una obligación –art. 79 inc. 2° LCQ-), las exigencias legales a su cargo deben considerarse cumplidas, correspondiendo a la deudora dar las explicaciones y producir las pruebas, de conformidad con lo normado por los Arts 83 segundo párrafo y 84 de la LCQ.

§ 3.23. La quiebra en los términos del artículo 54 de la LCQ

Por Dr. Horacio P. Garaguso, Guillermo H. F. Garaguso y Andrés A. Garaguso

Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la U.A.A. del Partido de la Costa

PONENCIA

La quiebra declarada en los términos del artículo 54 LC y Q. es decir solicitada por el síndico como acreedor por sus honorarios insatisfechos, si bien guarda alguna semejanza con los supuestos de frustración del proceso debe ser entendida como un fracaso del acuerdo, y por lo tanto y en todos los casos debe procederse a la designación de un nuevo síndico. Todo ello conforme las reglas de los artículos 63 y 253 inciso 7 de la LC y Q.

FALLO

"Se rechaza el recurso interpuesto por la recurrente y se confirma la sentencia que decretó la quiebra del concursado en virtud del incumplimiento en el pago de los honorarios profesionales y aportes legales a quien intervino como en virtud del inc. 7 art. 253 LC y Q. Y es que la recurrente pretende que se apliquen al atacada en el segundo párrafo del art. 63 (quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo homologado), justifica su continuación como síndica en las disposiciones del artículo 64 (quiebra directa estando pendiente el cumplimiento de un acuerdo homologado). Esta contradicción sería suficiente para rechazar el agravio ya que la profesional no puede elegir – a su conveniencia- la porción de la norma que lo beneficia y repeler aquella que la perjudica. Asimismo, en virtud del interés directo y personal que posee la contadora en este proceso, su calidad de acreedora peticionante de la quiebra, genera una clara y evidente incompatibilidad para que continúe ejerciendo su función como síndico, lo que refuerza el acierto de la designación de otro profesional para que cumpla

tales funciones".

In re: "Roncayoli Abel Benjamín su concurso preventivo pequeño (Hoy quiebra)", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Segunda, Sala II de Mar del Plata. Fallo del 6 de febrero de 2020. RCJ 678/20.

FUNDAMENTOS

Ciertamente compartimos la fundamentación tanto por el juez a quo como el de la Alzada, sin dejar de reconocer que la situación del síndico es ciertamente difícil. Si existe un interés contrario –síndico y acreedor- ello no tiene una trascendencia procesal relevante, desde que por tratarse de un crédito del artículo 240 LC y Q. la sindicatura no tiene que verificar esta acreencia por lo que en esta hipótesis no habría contradicción alguna. No obstante su actividad, pensando en una conducta ilícita, podría despejar el camino al cobro de su acreencia con el simple argumento de no incorporar a acreedores que pudiera competir con su posición y derecho. Para evitar toda duda, nada mejor que designar un nuevo síndico en los términos del artículo 253 inciso 7 de la ley concursal.

El artículo 54 de la ley 24522 faculta al síndico a peticionar la quiebra del concursado preventivamente, cuando el mismo no ha abonado los honorarios de aquel una vez cumplidos los plazos que establece la norma citada. Dejamos aclarado que es cierto que se trata de una facultad que le acuerda la ley al síndico y no un imperativo. En efecto, podría el órgano concursal incoar una acción individual –ejecución de honorarios-para lograr la satisfacción de su crédito.

Repárese que no se trata de su situación de acreedor por los honorarios la que constituye el óbice para su intervención, ya que, si la quiebra se declarara a pedido del letrado patrocinante del concursado por falta de pago de esos honorarios, el síndico sería al mismo, aunque la situación objetiva –acreedor y síndico- no se hubiera modificado. Pero si quien pide y obtiene la declaración de quiebra es el síndico, parece lógico que el mismo no continúe durante la falencia puesto que:

a) Hay intereses evidentes en pugna que imponen una vivencia de la contradicción –órgano y parte-,

b) Si el acuerdo fue homologado –presupuesto necesario para el funcionamiento del sistema del artículo 54 de la LC y Q- en los términos del artículo 59 de dicha ley, el síndico concursal preventivo ha cesado en su función orgánica, salvo en los pequeños concursos en los que no se ha constituido comité de control con funciones de contraloreo del cumplimiento del acuerdo, en tales caso continúa como controlador del mismo.

c) Es claro que el síndico no puede ser su propio contradictor.

El fallo es acertado, salvo en la censura principista que efectúa al síndico que se ha limitado a solicitar un derecho que a su juicio correspondía. Estimo que tal censura correspondería aplicarla a un letrado sometido al brocardo "ius nocendo " evidente:

• Sostiene la recurrente su derecho recursivo en el artículo 63 de la LC y Q. y no el artículo 54 –que nada dice sobre el particular- colocando la cuestión en la hipótesis de quiebra por incumplimiento del acuerdo, sin advertir que esta opción le condena, toda vez que en ese supuesto el artículo 253 inciso 7 LC y Q. dispone la designación de nuevo síndico.

• A su tiempo para sostener la continuidad que pretende se ampara en el artículo 64 LC y Q., norma inaplicable al caso, desde que lo reglado es la "quiebra pendiente el cumplimiento del acuerdo", es decir la quiebra instada por acreedor pos concursal o concursal no comprendido en los efectos del acuerdo homologado. Estamos en presencia de una quiebra directa en la que el párrafo final violenta toda lógica al ordenar que actúe el síndico del proceso concursal preventivo.

Es claro que **nunca debiera actuar el sindico del concurso preventivo** toda vez que por la homologación del acuerdo **ha cesado en sus funciones** y tal cese puede datar de muchos años anteriores.

La invocación del artículo 63 LC y Q. es ciertamente inapropiada desde que no se trata de un incumplimiento del acuerdo y menos aún que lo solicite un acreedor comprendido en el mismo. La

situación se rige por el artículo 54 que es la norma especial y la que corresponde a los derechos esgrimidos en el proceso. A su tiempo la ocurrencia al artículo 64 LC y Q. carece de fundamento legal alguno.

A su tiempo debe determinarse si se trata de un supuesto de frustración del proceso o si se le aplican los efectos de la quiebra por frustración del acuerdo preventivo homologado. Si bien a la luz de las normas arancelarias de la legislación local, el proceso no puede causar efectos mientras no se encuentre cumplido el pago de los honorarios y aportes legales, tal solución no es compatible con la "rapidez y economía de los procesos concursales", por lo que la naturaleza de la quiebra pedida por el síndico por falta de pago de sus honorarios es la de una quiebra indirecta por frustración del acuerdo, aunque el acuerdo no se hubiere de hecho frustrado.

§ 3.24. El Régimen de vivienda establecido por el CCyC y los bienes excluidos del desapoderamiento en la quiebra (art. 108 LQC)

Por Dra. Estela A. Castillo

Colegio de Abogados de San Martín

Adecuándose a la reforma constitucional de 1994, el CCCN introdujo numerosos institutos protectorios de la persona humana, entre ellos el reconocimiento de la inviolabilidad de su persona y el reconocimiento expreso de su dignidad (arts. 51 y 52 CCCN).

La ley 14.394 regulaba en los arts. 34/50 el inmueble constituido en "bien de familia", cumpliendo con la manda constitucional del art. 14 bis., último párrafo como un cargo del Estado: "la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

Mucha agua ha corrido desde la sanción de la ley 14394. La reforma constitucional, el nuevo bloque convencional de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), los cambios sociales que se han producido en el transcurso de estos años y sobre todo, el reconocimiento del acceso a la vivienda como un "derecho humano", hacían necesaria la adecuación del instituto, dando paso también a nuevos institutos vinculados a la protección de este Derecho Humano, regímenes que hay que diferenciar a los efectos de una correcta coordinación con el resto del ordenamiento jurídico.

FALLO

Relaciones al Código Civil y Comercial

Artículo 248-NACI-Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.)-9999-12-31 Artículo 248-NACI-Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.)-9999-12-31 CCC Artículo 249-NACI-Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.)-9999-12-31 Artículo 249-NACI-Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.)-9999-12-31 CCC Voces: ANCIANO ~ CODIGO CIVIL Y COMER-

CIAL DE LA NACIÓN ~ DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA ~ DESAPODERAMIENTO ~ PERSONA CON DISCAPACIDAD ~ QUIEBRA ~ RÉGIMEN DE AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA ~ VIVIENDA.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F(CNCom) (SalaF). Fecha: 09/04/2019. Partes: Cortiñas Ignacio, José Antonio s/ quiebra. Publicado en: LA LEY 13/05/2019, 13/05/2019, 8-LA LEY2019-B, 599-RCCyC 2019 (junio), 06/06/2019, 57. Cita Online: AR/JUR/4687/2019.

Hechos

El juez de la quiebra autorizó la desafectación como bien de familia de un inmueble de propiedad del fallido. La Cámara, por mayoría, confirmó el pronunciamiento.

Sumarios

1 . La desafectación del régimen de bien de familia de un inmueble propiedad del fallido debe confirmarse, en tanto fue este quien efectuó esa solicitud en el entendimiento de que la vivienda no se encontraba sujeta a desapoderamiento y así poder adquirir otro de menor valor cuyo remanente destinaría a su subsistencia, en los términos de los arts. 248 y 249 del Cód. Civ. y Com., máxime cuando existen créditos otorgados con anterioridad a la fecha de su afectación.

2 . Al ser el fallido una persona de avanzada edad y con discapacidad, corresponde revocar la sentencia que autorizó la desafectación del bien de familia respecto del inmueble donde reside con su conviviente, pues, cuando se trata de cuestiones tan sensibles, la interpretación normativa debe guiarse por los superiores derechos tutelados, atemperando el rigor falencial y ponderar con una visión más amplia los derechos del ser humano y sus necesidades básicas, tales como el acceso a una vida digna (del voto en disidencia del Dr. Barreiro).

Texto Completo:

2ª Instancia.— Buenos Aires, abril 9 de 2019.

Vistos:

1. Apeló el fallido el decisorio de fs. 621/625 por medio del cual la magistrada de grado entendió procedente autorizar la desafectación del bien de familia del inmueble de su propiedad sito en el "Club de Campo San Diego" más con las condiciones allí establecidas.

2. Los fundamentos obran en fs. 718/719 y fueron respondidos por la sindicatura en fs. 740.

Sostuvo el deudor, básicamente, que se omitió disponer la exclusión del inmueble destinado a vivienda del desapoderamiento previsto en la LCQ: 107 y 108, incs. 2 y 7. Hizo referencia, asimismo, a su delicado estado de salud que le impide trabajar y al carácter de discapacidad de su conviviente.

De su lado, la Sra. Fiscal General ante esta Cámara dictaminó en fs. 751/754, propiciando la confirmación de la resolución apelada.

3. Se impone reconocer el atinado análisis que la cuestión ha merecido en la instancia de grado, secundado por un no menor riguroso y pormenorizado desgranamiento en sede fiscal.

Los fundamentos allí plasmados, esencialmente compartidos por los suscriptos, son per se suficientes para tornar endebles los pivotes argumentales del apelante, por lo que corresponde confirmar lo decidido en el grado. En efecto, cabe recordar en primer término que el fallido se encuentra desapoderado —desde la fecha de quiebra—, de pleno derecho, de sus bienes, lo cual impide que ejercite los derechos de disposición y administración sobre los mismos —art. 107, LCQ—.

A su vez, el art. 244 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que puede ser afectado al régimen de bien de familia cualquier inmueble destinado a vivienda, previendo el art. 248 la subrogación real del inmueble afectado al régimen tuitivo, permitiendo que las garantías de este se conserven con relación a los valores que lo sustituyen de modo transitorio.

Y, el art. 249 establece que en el proceso concursal la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores que enumera —v. gr.: los de causa anterior a la afectación, entre otros—; y que, los acreedores sin derecho a requerir la ejecución, no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Finalmente, prevé que, si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega a su propietario, zanjando de ese modo las posiciones encontradas que sobre el tema existían en doctrina y jurisprudencia con la antigua ley.

Pues bien, en el caso fue el propio fallido quien solicitó la desafectación del bien inmueble en el que habita junto con su conviviente del régimen de bien de familia en el entendimiento de que la vivienda no se encuentra sujeta a desapoderamiento a los fines de adquirir otro de menor valor para destinar el remanente a su subsistencia. Sin embargo, existen créditos otorgados con anterioridad a la fecha de afectación.

En tal marco y en los términos de lo normado por el Cód. Civ. y Com. de la Nación: 248 y 249, lo decidido por la a quo —desafectación del bien de familia sujeto a determinadas condiciones— aparece enteramente razonable. Ello así, en la medida en que el deudor no queda en modo alguno desprotegido del derecho a la vivienda; resultando ciertamente prematuro expedirse sobre el destino de los fondos en caso de existir remanente, lo cual habrá de ser evaluado en su momento ponderando la existencia de otros bienes a los cuales agredir a los fines del pago de las acreencias (v. fs. 676).

4. Por lo expuesto y en consonancia con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, se resuelve: Confirmar el decisorio apelado, con costas (CPr: 68). Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 3/2015 y N° 23/17), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. ley N° 26.856, art. 1°; Acs. CSJN N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — Alejandra N. Tevez. — Ernesto Lucchelli. — Rafael F. Barreiro (en disidencia).

Disidencia del doctor Barreiro:

Disiento con la solución propiciada por mis distinguidos colegas en cuanto confirma lo decidido en el grado.

En efecto, debe resaltarse que el derecho de toda persona al acceso y protección de la vivienda constituye un derecho humano fundamental. El Código lo recepta y flexibiliza, ampliando el número de beneficiarios, en sincronía con el respeto al principio de autonomía personal que deriva de la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento. Así, sustituye el bien de familia de la ley 14.394, derogándola e incorporando en el Capítulo 3, denominado Vivienda, importantes modificaciones en esa línea (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación", T. I, p. 810 y ss., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014).

Desde esa perspectiva, el Código, según señalan sus fundamentos, a diferencia de la mayoría de los códigos existentes que se basan en una división tajante entre Derecho Público y Privado, toma muy en cuenta los tratados en general y, específicamente, los derechos humanos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Esta impronta se exterioriza en casi todos los campos sobre los que ha legislado: protección de la persona humana, tutela del niño, personas con capacidades diferentes, la mujer, los consumidores, los bienes ambientales, entre otros (ob. cit., T. I, p. 812; esta Sala F, 27/11/2018, "Domingo, Ángel s/ quiebra" Expte. COM N° 8359/2013).

Pues bien, yendo al nudo del asunto, no se encuentra aquí en discusión que el inmueble en cuestión es la vivienda única y de ocupación permanente del fallido y de su conviviente, Sra. García (v. fs. 619/620). Y que, el Sr. Cortiñas Ignacio José Antonio padece de cierta discapacidad —véase certificado obrante en fs. 572, con validez hasta el 02/08/2027—.

Por lo cual, independientemente del carácter liquidativo de la quiebra, debe ponderarse que convergen aquí razones sustanciales para acceder a lo solicitado por el deudor y, seguidamente, detener la ejecución del bien en cuestión, lugar de residencia del grupo familiar con las particularidades ya señaladas.

Es que, cuando se trata de cuestiones tan sensibles, siendo el deudor una persona de 67 años de edad, discapacitado, con los riesgos que el caso acarrea, la interpretación normativa debe guiarse, como ya se adelantó, por los superiores derechos tutelados, correspondiendo en el caso atemperar el rigor falencial ponderando con una visión más amplia los derechos del ser humano y sus necesidades básicas, tales como el acceso a una vida digna.

Máxime en el sub lite en donde: i) los acreedores de título anterior a la afectación del inmueble como bien de familia no han pedido de modo expreso la desafectación siendo los únicos legitimados al efecto (cfr. esta Sala, "Bausili, Pablo s/ quiebra", del 10/07/2012), más allá de los términos de la presentación de fs. 734 efectuada con posterioridad al decisorio en crisis; y ii) existen otros bienes a los cuales agredir a los fines del pago de las acreencias (v. fs. 676).

Entonces, en consonancia con lo pedido en su oportunidad por el deudor en fs. 545/6, más allá de los términos allí explicitados, en tanto lo que en definitiva se pretende es la exclusión del inmueble en cuestión del desapoderamiento previsto por el art. 107 de la ley concursal, el cual está destinado a vivienda del fallido —quien padece, se reitera una discapacidad debidamente acreditada— y su conviviente, el cual se encuentra protegido por el vasto sistema normativo ya mencionado (CN e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, Cód. Civ. y Com. de la Nación), juzgo que corresponde revocar lo decidido en el grado no advirtiéndose con ello vulneración alguna de la legislación nacional y los principios constitucionales que nos rigen, con costas en el orden causado (CPr: 68). — Rafael F. Barreiro.

1. Introducción. El CCCN pretende constitucionalizar el derecho privado y tiene como principal paradigma la protección del hombre. Así, ha ido introduciendo diversos institutos que lo protegen a él y a sus bienes.

También consideró a su familia y a sus bienes, pero diferenciando el ámbito de su protección. Por un lado, adecuó la legislación referida al "bien de familia", esa legislación protectoria del inmueble asiento de la vivienda familiar, dando al vocablo "familia" el sentido amplio en el que en la actualidad se la considera.

Pero se hace necesario distinguir la tutela impresa a través del régimen de vivienda (arts. 244/256), de la tutela que el ordenamiento jurídico otorga a la vivienda en otras situaciones, como es el instituto de la vivienda familiar, que es reglada como integrante del Libro de Relaciones de Familia y en otras normas dispersas del CCCN pero que interactúan entre sí como por ejemplo, en el derecho sucesorio –Derecho real de habitación del cónyuge supérstite, art. 2383 CCCN-.

Esta actualización dio lugar a la derogación, entre otras, de la ley 14394 e introducción como un capítulo de la parte general del ordenamiento, el que estudia el "régimen de vivienda", que es el que específicamente trataremos en la presente.

Vigente la ley 14394 de bien de familia, su art. 38 disponía, textualmente, que el "bien de familia" **no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra…"**, con excepciones. Es decir, el art. 38 transcripto, disponía inembargabilidad e inejecutabilidad del bien de familia por deudas posteriores a su inscripción como tal.

2. Breve análisis de la normativa vigente involucrada. 2. a. Régimen de vivienda. El régimen de vivienda", incluido en los arts. 244 a 256 CCCN, amplió la tutela en la regulación de la vivienda afectada al régimen.

Entre las novedades del régimen de vivienda, encontramos el art. 248 CCCN que introduce el instituto de la "subrogación real"; y que dispone que "la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio". Es decir, que la afectación del inmueble al régimen de vivienda actúa derechamente como una campana sobre el inmueble adquirido en caso de venta del afectado, norma que consideramos imprecisa y falta de casuística, cuestión esta que ha sido subsanada por la jurisprudencia, como la del fallo que comentamos.

Destácase la fallida propuesta de reformas al Código Civil y Comercial elaborada en 2018 por la Comisión integrada por los profesores Julio Rivera, Daniel Pizarro y Diego Botana, que preveía, una sustitución de este artículo adecuándolo a los planteos doctrinarios[280].

Por otro lado, el art. 249 dispone que la afectación del inmueble sometido al régimen de vivienda, es inoponible a los acreedores de causa o título anterior a esa afectación y oponible a los de causa o título posterior a la afectación[281].

Nótese que la nueva legislación introduce un cambio: la vivienda sometida al régimen en trato es inejecutable por los acreedores de causa o título posterior a la afectación, pero nada dice respecto al embargo de la vivienda, **por lo tanto, la vivienda es ahora embargable.**

En efecto, la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Asimismo, la norma pone un límite a los acreedores sin derecho a requerir la ejecución: no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colecti-

280 "Sustitúyase el art. 248 del CCyC por el siguiente: Art. 248. Subrogación real. La afectación de la vivienda puede transmitirse: a) a otra que ya pertenezca al constituyente. b) a otra que adquiera en sustitución de la afectada. c) a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización. d) a los importes que la sustituyen en concepto de precio, cuando se deje constancia en la escritura traslativa del dominio que la enajenación se realiza con el fin de proceder a la subrogación real prevista en esta norma. En los casos previstos por los incisos c) y d), el titular debe reinvertir el importe en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año".

281 La norma incluye un nuevo término: la palabra "oponibilidad": palabra que el diccionario del español jurídico de la RAE define como "Condición jurídica, atributo inherente a un derecho, documento o defensa, según el cual estos pueden hacerse valer frente a un tercero".

va. **Si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega al propietario del inmueble.** Recalcamos, lo que impide el artículo es la ejecución de la vivienda, no su embargo.

Finalmente, la norma limita a los acreedores que enumera en los incs a/d y a los de causa o título anterior a la afectación, la legitimación para solicitar la ejecución del inmueble afectado al régimen de vivienda.

Como señalamos más arriba, la nueva normativa (art. 249), nada dice sobre la embargabilidad del inmueble sometido al régimen de vivienda, omisión del legislador (o no), que hace que la vivienda sometida al régimen sea susceptible de embargo.

En las ejecuciones individuales, por lo tanto, es posible el embargo de la vivienda afectada. Así lo tiene dicho nuestra jurisprudencia, señalando que "El art. 249 CCCN prevé una "inejecutabilidad" y no una "inembargabilidad", pudiendo ser trabado perfectamente el embargo sobre el inmueble donde se asienta la vivienda familiar y así se exhibirá en la publicidad registral. El acreedor embargará, pero no podrá ejecutar su crédito y proceder a la realización en subasta pública si no acredita alguna causal de exclusión de dicho beneficio[282]".

2. b. Quiebra. Desapoderamiento. Exclusiones. El art. 107 de la LCQ dispone, como principal efecto de la declaración de la quiebra, que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la misma y de los que adquiera hasta su rehabilitación. **El desapoderamiento le impide al fallido el ejercicio de los derechos de disposición y administración de los bienes desapoderados.**

A su vez, el art. 108 LCQ taxativamente excluye del desapoderamiento, entre otros, a los derechos no patrimoniales; los bienes inembargables y a los demás bienes excluidos (del desapoderamiento) por otras leyes.

282 (CNCom, sala F, 15/09/16, Gómez, Alberto Antonio y otro c. SAMA Explotaciones Agrícolas S.R.L. y otro s/ ejecutivo, LLO, AR/JUR/64918/2016).

Partiendo de la certeza que cuando hablamos de embargo nos referimos a un instituto procesal, hay acuerdo en nuestra doctrina que la referencia legal a los bienes inembargables es la relativa a aquellos bienes de uso indispensable para el deudor y su familia y que la regulación legal de estos bienes concierne a los códigos formales de cada provincia.

Ahora bien, nótese que la ley 14394 no "excluía del desapoderamiento, ni hablaba de oponibilidad", sino que su artículo 38 –como dijimos- disponía la inembargabilidad e inejecutabilidad del bien de familia por deudas posteriores a su inscripción como tal "ni aún en el caso de concurso o quiebra".

Respecto a los bienes inembargables y a los bienes excluidos del desapoderamiento por otras leyes, Rivera -en el comentario al art. 108 LCQ-, trata a los incs. 2 y 7 del art. 108 en conjunto y señala que "En la nómina de bienes inembargables quedan incluidos los bienes incorporados al régimen del bien de familia conforme lo dispone la ley 14394[283]".

Por lo tanto, lo que unía a la ley 14394 con el inc. 7 del art. 108 LCQ sería la "inembargabilidad". La actual legislación refiere la "oponibilidad" señalada por el art. 249 CCCN en lo referido a la ejecución colectiva, toda vez que ahora, como señalamos, el inmueble afectado al régimen de vivienda, es embargable y por lo tanto, quedaría fuera del art. 108 LCQ (no es un bien inembargable y no es un bien excluido por otras leyes).

3. Aplicación de la nueva normativa a casos en trámite. El art. 7 del CCCN dispone que a partir de la entrada en vigencia del entonces nuevo ordenamiento jurídico, "las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"; por lo cual, el capítulo del régimen de vivienda del CCCN, resulta aplicable a los casos en que se encuentren controvertidas cuestiones referidas al régimen de vivienda antes regidas por la ley 14394.

En este sentido nuestra jurisprudencia tiene dicho que "…. con la derogación de la ley 14.394 no se extinguieron los efectos pro-

283 Rivera, Julio César, Derecho Concursal, Tomo III, Quiebra, Ed. La ley, 2010, pág. 168.

tectorios del bien de familia sino que las registraciones existentes pasaron a estar sometidas al nuevo régimen regulado por el Cód. Civ. y Comercial"[284].

Y también se ha dicho que "…toda vez que los efectos procesales futuros que puedan acontecer con respecto a la afectación de inmuebles al régimen de bien de familia efectuada bajo la derogada ley, en todo caso están en curso de desarrollo al tiempo de la sanción de la nueva ley y es en los términos de esta que deben ser resueltas (cfr. art. 7 CCyC.)"[285].

4. El fallo en análisis: "Cortiñas Ignacio José Antonio p/ quiebra". Disidencia del Dr. Barreiro[286]. 4.1. El caso. En fecha 9 de abril de 2019, la Sala F de la CNCom resolvió -por mayoría-, confirmar la resolución por la cual se le concedía la autorización al fallido (por él solicitada), para proceder a la desafectación del régimen de bien de familia del inmueble de su propiedad sito en el "Club de Campo San Diego" con más las condiciones allí establecidas.

La resolución de primera instancia fue apelada por el deudor, agraviándose de que la a quo había omitido disponer la exclusión del inmueble destinado a vivienda del desapoderamiento previsto en la LCQ: 107 y 108 inc. 2 y 7, invocando además, su delicado estado de salud.

Por su parte, el Dr. Rafael Barreiro, en disidencia, estimó que la resolución apelada debía ser revocada, "no advirtiéndose con ello vulneración alguna de la legislación nacional y los principios constitucionales que nos rigen".

4.1. Solución de la mayoría. Acertadamente, la mayoría de la Sala F de la CNCom, confirma la solución dada por la Magistrada

284 CNFedContenciosoadministrativo, SalaI, 30/04/2019, BCRA-Resol. 348/06 c. García Robirosa, Ernesto Horacio s/ proceso de ejecución, RCCyC 2019 (septiembre), 04/09/2019, 35, LLO, AR/JUR/15365/2019.
285 CNCom, sala F, 15/09/16, Gómez, Alberto Antonio y otro c. SAMA Explotaciones Agrícolas S.R.L. y otro s/ ejecutivo, LLO, AR/JUR/64918/2016.
286 CNCom, Sala F, 09/04/2019, Cortiñas Ignacio José Antonio s/ quiebra, Microjuris, MJJ118576.

de primera instancia y en un todo de acuerdo con el dictamen de la Sra. Fiscal Dra. Boquín, rechazando la apelación interpuesta por el fallido.

Pese a las disposiciones de la nueva normativa (que autorizaría la inclusión del bien de familia dentro de los bienes desapoderados del art. 107 de la LCQ, ya que ahora la vivienda sometida al régimen "es embargable"), tanto la Magistrada a quo, como la Sra. Fiscal y la mayoría de la Sala, entienden que la vivienda en cuestión se encuentra sometida al régimen de vivienda, y conforme lo dispuesto por el art. 248 CCCN que incorpora al plexo normativo el instituto de la subrogación real, la Juez autorizó en esos términos la desafectación del bien, por lo que el fallido –como bien lo resalta la mayoría- no quedaba en ningún momento desprotegido del régimen de vivienda si cumplía con las mandas de la Magistrada a quo.

Al no ser clara la norma del art. 248 CCCN en cuanto a la forma precisa de la aplicación del instituto, fue que la Magistrada impuso tres condiciones: información por parte del deudor sobre el inmueble a vender y a adquirir; levantar oportunamente la inhibición general al solo efecto de la escrituración y una última, que ordena al Escribano interviniente a depositar la suma remanente en una cuenta a abrirse en el Banco Ciudad.

En este sentido, estimamos que, -de quedar un remanente de la venta del inmueble y la compra de uno de menor costo-, por aplicación análoga de lo dispuesto por el art. 249 para el caso de subasta de la vivienda, procedería la entrega del remanente al fallido: **"…Si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega al propietario del inmueble"**, solución que estimamos lógica a contrario de lo sostenido por la mayoría de la sala y del Ministerio Fiscal que señala que **"resulta prematuro expedirse sobre el destino de los fondos en caso de existir remanente…".**

En efecto, encontrándose sometido el inmueble al régimen de vivienda, una vez desafectado el mismo (la causal de la desafectación sería por disposición judicial por aplicación del art. 248 CCCN, que sería una nueva causal a agregar al art. 255 CCCN), debería dejarse constancia en la orden judicial, que la desafectación es al

solo efecto de la compra de un nuevo inmueble destinado al régimen de vivienda, y el importe obtenido de la venta del mismo, debería quedar igualmente amparado por la "campana" del régimen de vivienda, campana que pasaría al nuevo inmueble adquirido.

Estimamos que la Magistrada impuso el depósito del remanente de las operaciones efectuadas, a fin de proteger este remanente de la agresión de los acreedores anteriores a la fecha de afectación", quienes sí podrían agredir el inmueble en cuestión, ya que en el caso, la afectación le es inoponible.

Además, como bien lo señala la mayoría -en protección de los acreedores-, deberá ponderarse "la existencia de otros bienes a los cuales agredir a los fines del pago de las acreencias…".

4.2. Disidencia del Dr. Barreiro. El magistrado en disidencia sostiene que corresponde revocar la resolución de primera instancia (es decir, no otorgar autorización para desafectar el bien del ahora régimen de vivienda).

Fundamenta la misma sosteniendo que el derecho de toda persona al acceso y protección de la vivienda constituye un derecho humano fundamental; receptado y flexibilizado por el CCCN, conforme lo señalado por el legislador en sus fundamentos, indicando que el nuevo régimen toma muy en cuenta los tratados internacionales en general y, específicamente los de Derechos Humanos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

Partiendo del hecho que el inmueble es la vivienda única y de ocupación permanente del fallido y de su conviviente y que el deudor padece de cierta discapacidad, independientemente del carácter liquidativo de la quiebra, sostiene que "debe ponderarse que convergen aquí razones sustanciales para acceder a lo solicitado por el deudor y, seguidamente, detener la ejecución del bien en cuestión".

Ponderando los votos emitidos por los Magistrados, estimamos que la solución dada por la mayoría fue la correcta, toda vez que con la resolución adoptada, se sigue tutelando el derecho del deudor, conforme la normativa vigente (Régimen de vivienda, arts.

244/256 del CCCN). **Caso contrario, si se revocara lo decidido en el grado, no se arribaría a una solución justa,** toda vez que el deudor se vería impedido de disponer de la vivienda, al no poder desafectarla del régimen para comprar una de menor costo y con las consecuencias tanto para su patrimonio, como para su salud (la presencia de acreedores de causa o título anterior a la fecha de afectación, a quienes la misma le es inoponible).

Respecto a la pretensión del deudor de la exclusión del inmueble en cuestión del desapoderamiento previsto por el art. 107 de la ley concursal, estamos de acuerdo con el prestigioso Camarista de que hay instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que avalan su posición. Pero atento la colisión que se produce entre el art. 249 CCCN y el 108 LCQ que en su inc. 2° refiere a los "bienes inembargables" y que en su inc. 7 excluye del desapoderamiento a "los demás bienes excluidos (del desapoderamiento) por otras leyes", es que, de lege ferenda, propiciamos una reforma a la LCQ que contemple expresamente al inmueble sometido al régimen de vivienda del CCCN, incluido entre los bienes exceptuados del desapoderamiento normado por el art. 107 LCQ.

Hasta tanto ello ocurra, es que se deben dar soluciones como la que dio la mayoría de la Sala que adecuó el ordenamiento vigente al caso en trato, toda vez que consideró que el inmueble se encuentra afectado al régimen de vivienda, lo que queda acreditado con la aplicación del instituto de la subrogación del art. 248 CCCN; por lo que resulta obvio que se ha considerado al inmueble como excluido del desapoderamiento del art. 107 LCQ.

Estimamos que la mayoría de la Sala brindó la solución más expedita a fin de satisfacer el requerimiento del fallido, confirmando la resolución de la a quo, que autoriza la desafectación del inmueble para proceder a la venta del mismo a fin de adquirir otro de menor valor y compartiendo en un todo el dictamen de la Sra. Fiscal quien es de la opinión de la confirmación de la resolución.

§ 3.25. Pago de dividendos en dólares. Decisiones de emergencia *contra legem*

Por Dra. Gabriela F. Boquin

Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

Afecta a la par condicio creditorum el pago de los dividendos de la quiebra en dólares.

FUNDAMENTOS

Ante los variados pedidos del cobro de dividendos en dólares cuando los fondos se encuentran invertidos en esa moneda es que recientemente, el 21 de octubre del 2020 se dictó el fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial Sala A en autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de segunda distribución complementaria" en el cual se hizo lugar a un recurso de apelación para el cobro de los dividendos en dólares aun en los casos en que los créditos originariamente eran obligaciones en moneda de curso legal.

Debo decir que no comparto el criterio y que la solución al desfasaje cambiario, monetario y de valor nunca puede justificar el incumplimiento de una norma, ni de un principio concursal, menos aún sin declarar su inconstitucionalidad. Más aun cuando con la decisión puede afectarse un principio concursal como la par condicio creditorum.

Veamos. El art. 127 de la LCQ 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 República Argentina, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor, a la del vencimiento, si este fuera anterior".

La conversión de los importes de los créditos (a diferencia de lo que sucede en el concurso preventivo) es definitiva y se refleja en el correspondiente proyecto de distribución a los fines del pago del dividendo (Junyent Bas, Francisco- Molina Sandoval, Carlos, Ley de concursos y quiebras, Abeledo Perrot, T II, Avellaneda, p. 193). De ello se sigue un principio tal es que la moneda de pago en las quiebras es la moneda de curso legal.

El fin normativo es 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 (dict. 153.634 en autos "Talleres Su Motor S.A. s/ Concurso Preventivo s/ incidente de verificación de crédito de Zamacola, Jesús Fernando" del 4.10.18 con fallo coincidente de la Sala A del 12.10.18; CNCom, Sala A, en autos "Raycco S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión de crédito promovido por Goettig, Guillermina Inés" del 6.9.16. En el mismo sentido, Sala B en "Valva, José Luis s/ quiebra s/ incidente de verificación por Aida Raciti y otros" del 5.6.13; Sala C en autos "Confeggi, Horacio Enrique s/ quiebra s/ concurso especial (por Harkam Matías Antonio)" del 24.4.12.).

Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia que la solución que aporta el texto legal tiene como fundamento aplicar el principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores, evitando que quienes fueren titulares de créditos en moneda extranjera puedan beneficiarse –o perjudicarse- según la fluctuación de las cotizaciones y con este fundamento se han desestimado los planteo de inconstitucionalidad de la norma (conf. Heredia, Pablo D. "Tratado Exegético de Derecho Concursal", T 4, pág. 697).

En el mismo sentido, señala Rouillón que esta conversión de carácter inexorable se justifica en el caso de la quiebra del deudor a fin de que todos los acreedores concurran 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 (Rouillon Adolfo A. N. "Código de Comercio" T IV-B, pág. 301).

La circunstancia de que el activo obtenido en la liquidación de los bienes se haya sido invertido en dólares a fin de evitar que se deprecie su valor, no hace nacer en cabeza de los acreedores un derecho o expectativa de que los créditos puedan ser percibidos en esa moneda.

Si bien las fluctuaciones cambiarias y la pérdida de poder adquisitivo de la moneda de curso legal es un dato de la realidad, ello no habilita a percibir las acreencias en la quiebra en una moneda distinta de la de curso legal. Más aun cuando esta medida termina afectando la par condicio creditorum, pues dependerá el momento efectivo del cobro del dividendo para que un acreedor pueda terminar cobrando mayor porcentual en pesos, respecto de su crédito, que en relación a otro.

Se suma a lo dicho que la facultad conferida por el art. 183 de la LCQ sobre la inversión de los fondos del concurso a los fines de evitar perjuicios derivados de la inmovilización en modo alguno importa mutar la naturaleza de las acreencias adeudadas y reconocidas en el proceso falencial.

Aclaro que, si bien el pago de las acreencias no debe realizarse en una moneda distinta de la de curso legal, ello en modo alguno obsta a la consideración de la devaluación de esa moneda de pago, y la implementación de algún mecanismo tendiente a mitigarla, en cuanto a la percepción de los créditos en moneda de curso legal, ya que el daño que padecen los acreedores por la inflación y depreciación consecuente de nuestra moneda es una realidad que no podemos negar.

Es por ello que ratifico mi postura[287], vertida en el anterior Encuentro en cuanto que debe implementarse un mecanismo que permita a los acreedores recomponer la pérdida que ha sufrido su acreencia declarándose la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 8 de la ley 23.928.

287 Ver Ponencia de mi autoría presentada en LXXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires “QUIEBRA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ART. 7 Y 8 DE LA LEY 23.928”.

ediciones dyd
innovación jurídica

GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE AZUL

ISBN 978-987-8353-25-8