LXXXI ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Homenaje a los Fundadores de los Encuentros

ediciones dyd
innovación jurídica

GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

30 años
Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmes

BIENVENIDOS AL EBOOK

LXXXI ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

¡HAGA CLICK AQUÍ PARA REPRODUCIR EL VIDEO!

dyd eBooks

/edicionesdyd

/edicionesdyd

Colegios de Abogados de La Provincia de Buenos Aires
LXXXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de La Provincia de Buenos Aires / compilado por Germán Alberto Pizzano. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-8353-13-5

1. Derecho. I. Pizzano, Germán Alberto, comp. I. 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 Taccari

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: 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 Quilmes

Director: Lic. Germán Alberto Pizzano

Secretario: Dr. Ignacio Damiani

Miembros

Dr. Ezequiel Fernando Martinetti

Dra. Karina Ana Paula Teves

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

Dr. Nicolás Daniel Proz

Dra. Cristina Margarita Rosa Hofkamp Gentileschi

Dr. José Luis Otero

Dra. Romina Solange Báez

AUTORIDADES COLEGIO DE ABOGADOS DE QUILMES

Presidente: Dr. Bienvenido Rodríguez Basalo

Vice Presidente 1: Natalia Soledad Messina

Vice Presidente 2: Osvaldo Jesús Mayer

Secretario: Dr. Abraham Waismann

Prosecretario: Dr. Maximiliano Albaytero

Tesorero: Dr. Christian Gastón Fragueiro

Protesorero: Dr. José Ramón Balmaceda

Coordinador de Actividades Académicas, Culturales y Deportivas:

Dr. Esteban Guillermo Poletti

Vocal Titular: Dr. Walter Alejandro Di Giuseppe

Vocal Titular: Dr. Marcelo Baldoni

Vocal Tiular Dr. Lionel Stipcic

Vocal Titular: Dr. Horacio de Olaso Freddi

Vocal Suplente: Dra. Nora Gilda Valek

Vocal Suplente: Dra. Lorena Romero

Vocal Suplente: Dr. Matías Quinteros Suárez

Vocal Suplente: Dra. Marcela Alejandra Wambold

dyd
eBooks

Vocal Suplente: Dr. Jorge Roberto Picco

Vocal Suplente: Dra. Verónica Dora Bullon

Vocal Suplente: Dra. María Jimena Cardozo

Vocal Suplente: Dr. Darío Ocampo Pilla

Tribunal de Disciplina:

Presidente: Dr. Carlos Federico Poli

Vicepresidente 1: Dr. Domingo Rodríguez Basalo

Secretario: Dr. Gustavo Edgardo Sánchez

Vocal Titular: Dra. Florencia Pecora

Vocal Titular: Dra. Mónica Rousseaux:

Vocal Suplente: Dr. Sergio Nievas

Vocal Suplente: Dra. Elsa Ethel Castiñeiras

Vocal Suplente: Dr. Daniel Sergio Sala

Vocal Suplente: Dr. Germán Nicolás Vinitzky

Delegados ante la caja de Previsión de Abogados de la Provincia de Buenos Aires:

Director Titular: Dr. Héctor Manuel Días

Director Titular: Dr. Pablo Ovidio Fernández

Director Titular: Dra. Mirta E. Fraile

Director Suplente: Dr. Gabriel Martínez

Director Suplente: Dr. Daniel C. Di María

Director Suplente: Dr. Dante G. Morini

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

Comisión Revisora de Cuentas de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires:

Dr. Gerardo Salort

Dr. Pablo Alberto Sosa

Delegados a F.A.C.A.:

Dr. Pablo Salvador Estrada

Dr. Gustavo Daniel Palma

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

Este Encuentro cuenta con el auspicio académico de la Universidad Nacional de Quilmes mediante Resolución (R) Nº: 591/20 y de la Universidad Abierta Interamericana, mediante Resolución de C. S. Nº 5577/20

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

In Memoriam ***del entrañable amigo y colega Horacio Brignole, miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro***

Prólogo 14

CAPÍTULO 1
DERECHO EMPRESARIO Y COMERCIAL GENERAL

§ 1.1 Empresas. Títulos

§ 1.1.1 La importancia de los sistemas de garantías y el re-afianzamiento ante situaciones de emergencia económica. Necesidad de adoptar medidas nacionales y supranacionales. **Paola Lorena Bartolomé Alemán** 16

§ 1.1.2 La Digitalización del Sistema Financiero. **Sebastián Scoccia** 31

§ 1.1.3 Fintech, una herramienta viable en época de pandemia. **Emanuel Maximiliano Rouco** 39

§ 1.1.4 Las criptomonedas y el dilema de su naturaleza jurídica: ¿Valores negociables? ¿Bienes? ¿Reserva de valor? ¿Puede calificarse como oferta pública? – algunas cuestiones tributarias. **Diego Alberto Rapoport, María de los Ángeles Morrone, Marcela Fabiana Civallero** 49

§ 1.1.5 Los cheques electrónicos y la importancia de distinguir las características propias de la firma electrónica y la firma digital en la era de los ciberdelitos. **Paola Lorena Bartolomé Alemán** .. 64

§ 1.1.6 El e cheq ¿será el gran protagonista en tiempos de pandemia? **Marcela Fabiana Civallero** 75

§ 1.1.7 ¿El cheque electrónico es un título ejecutivo? **Gabriela Natalia Camicha** 82

§ 1.1.8 La paradoja de la papelización y la habilidad ejecutiva indirecta en el régimen de los *Echeq*. **Pablo E. Arenas** 89

§ 1.1.9 Ejecutabilidad del cheque no presentado. Mora y prescripción. **Osvaldo E. Pisani** 97

§ 1.1.10 Pagaré. Embargo preventivo. Derecho de propiedad. Delito de lesa humanidad. Desnaturalización. Ejecutabilidad. **Duilio Oscar Carrizo Miranda** 101

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

§ 1.1.11 Préstamo otorgado por medios electrónicos. Falta de autosuficiencia del título. improcedencia de la vía ejecutiva. **María de los Ángeles Morrone** 112

§ 1.1.12 Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico. **Marcelo Fabián Boedo** 125

§ 1.1.13 Pandemia y responsabilidad de viajeros, prestadores de servicios de transporte, hotelería y gastronomía y de las agencias de turismo. **Guillermo H.F. Garaguso, Andrés A. Garaguso y Horacio P. Garaguso** 136

§ 1.1.14 Reprogramación de viajes sin penalidades ni costos adicionales. Fechas abiertas - efecto coronavirus COVID-19. **María de los Ángeles Morrone** 138

§ 1.1.15 El Fideicomiso no es contrato de estipulación a favor de terceros. **Sebastián Scoccia** 154

§ 1.1.16 El secuestro en el contrato de leasing. **Paula Gabriela Rivera - Bruno O. Santi Taccari** 157

§ 1.1.17 Los conjuntos inmobiliarios preexistentes, la obligación de adecuación y las resoluciones 25/2020 y 27/2020 de IGJ. ¿Son oportunas en tiempos de pandemia? **Marcela Fabiana Civallero** 161

§ 1.2. Derecho del Consumidor

§ 1.2.1 Apuntes sobre comercio electrónico, responsabilidad civil y defensa del consumidor. **Gabriel Antonio Makcimovich** 171

§ 1.2.2 Protección del consumidor domiciliado en el país en un contrato electrónico internacional, situación sobreviniente. **Amanda Gil López** 184

§ 1.2.3 El endoso del título valor frente al consumidor. Comentario al fallo Promaq S.A. c/ Vallejos Bessi Lorena s/ cobro ejecutivo; (C.C.yC. de Mar del Plata, Sala III, 01-IV-2020). **Ezequiel Rodrigo Galván** 187

§ 1.2.4 Portabilidad de deudas de consumo. Comentario al proyecto 7774-D-2018. **Ezequiel Rodrigo Galván** 195

§ 1.2.5 La necesidad de reconocer al consumidor o usuario hipervulnerable en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires a efectos de propiciar su especial tutela administrativa y judicial. **Tiberio Maximiliano Pardiñas** 205

§ 1.2.6 Las personas jurídicas como consumidoras en el contrato de seguro – Noción del “consumidor de seguros” - Deber de información de las compañías aseguradoras: comentario a fallo “Induquip Ingenieria S.R.L. c/Provincia Seguros S.A. s/daños y perjuicios” (Cámara I, Sala II La Plata). **Javier Rahman** 213

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

CAPÍTULO 2
DERECHO SOCIETARIO

§ 2.1 Partición de partes indivisas societarias de empresas familiares a través de la licitación. **María Isabel Tomizzi** 226

§ 2.2 Importancia de los acuerdos entre socios para enfrentar la crisis del Covid 19. **Amalia Fensore** 230

§ 2.3 La irrupción de la tecnología en el funcionamiento organizacional de las Personas Jurídicas. ¿Modalidad de excepción o regla a futuro? **Elvira Beatriz Capici - Marcelo Perciavalle - Agustín Castro** 239

§ 2.4 Distanciamiento social, acercamiento virtual. **Pablo E. Arenas** . 249

§ 2.5 Asambleas presenciales durante el A.S.P.O. **Adriana Beatriz Blanco** 260

§ 2.6 Asambleas a distancia. **Adriana Beatriz Blanco** 264

§ 2.7 Implicancias de las reuniones no presenciales en el marco de la reforma a la LGS. **Aníbal M. Ramírez** 271

§ 2.8 La SAS uruguaya como vehículo para la reestructura empresarial. **Jenifer Alfaro Borges y Rosa Poziomek** 284

§ 2.9 SAS ¿un tipo social incomprendido? **María Victoria Martinelli Philipp** 296

§ 2.10 Infracapitalización y aplicación del "*disregard*". **Guillermo Marcos** 306

§ 2.11 Pérdida del libro de accionistas. **E. Daniel Balonas** 311

CAPÍTULO 3
DERECHO CONCURSAL

§ 3.1 Crisis empresarial por causas extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la empresa. **Fernando Javier Marcos** 321

§ 3.2 El "salvamento de empresas" como propuesta superadora de la cesación de pagos. **Pablo E. Arenas** 334

§ 3.3 Vulnerabilidad empresaria e insolvencia: un reto para los abogados. **Patricia I. D'Albano Torres** 340

§ 3.4 "El Compliance y el fuero de atracción del Derecho Concursal". **German Alberto Pizano** 350

§ 3.5 El derecho concursal sometido a la realidad económica deberá ajustarse a la realidad en tiempos del Coronavirus, con la crisis global local que debemos enfrentar. **Horacio P. Garaguso y Guillermo Garaguso** 353

dyd
eBooks

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

§ 3.6 Vulnerabilidad, COVID y Concursos. **Gabriela Fernanda Boquin** 362

§ 3.7 Respuesta concursal a la emergencia. **Marisol Martínez** 376

§ 3.8 Intervención de sociedades. **Jorge H. Santi - Bruno O. Santi Taccari** 387

§ 3.9 ¿Es aplicable la ocupación temporánea a empresas? A propósito del caso Vicentín S.A. s/ Concurso. **Adrián M. Surace y E. Daniel Balonas** 389

§ 3.10 Declaración de incompetencia. ¿Impide dictar otras medidas? **María Elisa Maydana** 402

§ 3.11 La falta de previsión legal de la renegociación concursal del acuerdo preventivo. **Marisol Martínez** 407

§ 3.12 Los acuerdos preventivos bajo el signo del COVID 19. **Celina Pavese** 415

§ 3.13 Proceso concursal para las personas humanas que no realizan actividad económica en Mendoza. **Horacio Pablo Garaguso** 421

§ 3.14 El consumidor sobreendeudado. Esbozo de reorganización del pasivo. **Brenda Agustina D'Ubaldo** 423

§ 3.15 Insinuaciones no presenciales en los procesos concursales. **Roxana Martín** 429

§ 3.16 Verificación de créditos en la pandemia. **Bruno O. Santi Taccari** 436

§ 3.17 Efectos del concurso en los créditos UVA. **Pablo E. Arenas** ... 439

§ 3.18 El periodo de exclusividad en la pandemia. **Bruno O. Santi Taccari** 451

§ 3.19 Quiebra e inconstitucionalidad de los arts 7 y 10 de la ley 23928. **Gabriela Fernanda Boquin** 453

§ 3.20 Derecho de la Insolvencia – Acreedores no concurrentes y conclusión de la quiebra. La mutaci0ón de sus acciones. **Alejandro Martín Vázquez** 461

§ 3.21 La extensión de la quiebra refleja. **Juliano Amarilla Ghezzi** .. 475

ANEXO

Tesina Magister en Derecho Empresario: Liquidación de patrimonios fideicomitidos insolventes conforme el Código Civil y Comercial Unificado. Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición. **Marcelo Alejandro David** 484

TFI: Acuerdo preventivo extrajudicial. Derecho comparado. **Romina Solange Báez** 574

dyd
eBooks

PRÓLOGO

La noche llegó en aquel septiembre de 1984. Nos juntábamos en un "boliche", lugar sin duda poco apropiado para un encuentro de juristas, pero el director del Instituto de Derecho Privado de Junín, el querido Osvaldo Lamelza, fijó ese punto de encuentro. Era el final del primer día del Congreso Bonaerense de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral. En una mesa estábamos Juan Carlos Couso y Roberto Muguillo y pronto se acercó Ángel Mazzetti, el tema fue la crítica soberbia de algunos juristas de otra jurisdicción a la ponencia que él presentara junto con "Fito Pederoda", quien llegó unos instantes después. Lentamente se agregaron Hugo Stempels con un joven colega, el que pronto abandonó al grupo veterano y se fue a reunir con otro grupo juvenil entre quienes recuerdo a Osvaldo Pisani, los que estaban en una posición de diversión y por cierto lo académico había quedado definitivamente atrás. El tema nuestro fue que no nos pareció afortunada la crítica de algunos juristas a los trabajos que emanaban de los juristas de los Institutos de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

En silencio, tomando nota cerca estaba Pepe De Paula, quien fue el que retrató el "Espíritu de Junín", como una reacción de los juristas de la provincia cuestionando la soberbia y descalificación de la que habían sido víctimas Ángel y Fito. El clima de concordia epilogó cuando Roberto Muguillo propuso: ¿nos juntamos en un encuentro bonaerense? y yo acepté el desafío y dije "en marzo en Mar del Plata, vamos todos adelante". Alguien dijo una vez "hubo muchos primeros congresos", con sorna y no creyendo en la capacidad de los institutos de la colegiación bonaerense.

Bueno, en treinta y seis años ya son setenta y un encuentros. Con todo mi amor, recuerdo esa noche...

Y, a lo largo de estos encuentros se desarrolló una doctrina comercial bonaerense que trascendió y finalmente aquí estamos también trabajando con los colegas de todo el país. Es decir, todos unidos en favor del Derecho Comercial.

Horacio P. Garaguso

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

DERECHO EMPRESARIO Y COMERCIAL GENERAL

Empresas. Títulos

dyd
eBooks

CAPÍTULO 1

DERECHO EMPRESARIO Y COMERCIAL GENERAL

§ 1.1 Empresas. Títulos

§ 1.1.1 La importancia de los sistemas de garantías y el reafianzamiento. Necesidad de adoptar medidas nacionales y supranacionales

Por Paola Lorena Bartolomé Alemán Colegio de Abogados de Moreno- Gral. Rodríguez

PONENCIA

Una de las consecuencias económicas inmediatas de la pandemia de coronavirus es la súbita falta de liquidez que afecta a las Pymes. Estas empresas suelen ser las más afectadas en una crisis, y es esencial apoyarlas de manera apropiada para que puedan sobrevivir. Por su parte, uno de los mecanismos – entre muchos más – que se han utilizado en diversos países del mundo ha sido el de ayudas estatales a través de la constitución de fondos de afectación específica, que complementan los sistemas de garantías existentes, ya sea a nivel nacional y/o supranacional, con adecuados y eficaces sistemas de reafianzamiento, como lo vienen demostrado en Europa. Desde hace muchos años venimos subrayando la importancia que los sistemas de garantías poseen para el desarrollo y crecimiento de las Pymes, con la adicionalidad que el mismo genera en las economías locales, regionales y nacionales. Contamos con las herramientas e institutos jurídicos, es momento de aprovecharlos. Es momento de adoptar medidas concretas tendientes a su correcta implementación. Es momento de creación e innovación.

§ 1.1.1.1 Postulado del trabajo

1. En primer lugar se efectúa un breve análisis del espíritu de la Ley N°24.467 en torno a la problemática de las Pymes y el impacto económico causado por la aparición del Covid-19 y las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio y la prohibición de circular ordenadas en consecuencia.

2. Ante ello, se destaca el importante rol que los sistemas de reafianzamiento – a nivel regional, nacional y supranacional – han adoptado en la Comunidad Europea para hacer frente a la crisis económica causada por la pandemia.

3. Se subraya el empoderamiento del Fondo de Garantías Argentino (FoGAr) para hacer frente a las dificultades económicas que atraviesan las empresas y como institución de reaseguro para el sistema de garantías en nuestro país.

4. Se destaca como absolutamente necesario la adopción de medidas locales y supranacionales para afrontar la crisis económica de los países que integran el Mercosur a través de instituciones de reafianzamiento a fin de atenuar el impacto económico de situaciones de emergencia y fortalecer los sistemas de garantías.

5. Asimismo, y en consonancia con el punto anterior, se recomienda la toma de medidas concretas por parte del Estado (a nivel nacional, provincial y municipal) tendientes a implementar un adecuado y eficaz sistema de reafianzamiento, aún superada la pandemia, aprovechando los instrumentos e institutos jurídicos ya existentes, y que ante situaciones críticas demuestran su necesaria e imperativa utilización.

§ 1.1.1.2 Introducción

Hemos destacado en anteriores trabajos la importancia que las micro, pequeñas y medianas empresas (en adelante, Pymes) poseen en el desarrollo económico de un país, constituyendo uno de los factores claves para el crecimiento económico de las economías locales, regionales y nacionales.

Pese a la importancia que representan, las Pymes encuentran

considerables obstáculos que limitan y/o impiden el avance y desarrollo de las mismas, y que se vinculan principalmente con la ausencia de financiamiento en términos de montos, plazos, costos y garantías.

La problemática que presenta este sector económico no es propia de la Argentina, ya que a nivel internacional existen numerosos estudios dedicados a analizar las dificultades que atraviesan las Pymes, así como las diversas alternativas y soluciones a fin de paliar dicha situación.

En tal sentido, cabe destacar que existe consenso - Dr. González Fraga[1], Fundación Garantizar el Desarrollo[2], entre otros -en relación con la identificación de las causas que dificultan y/o impiden el acceso al financiamiento por parte de las Pymes, entre las que podemos mencionar las siguientes: 1) Asimetría con que la información se distribuye entre la oferta y la demanda potencial.2) Informalidad. 3) Carencia de capacidad *management* necesaria. 4) Falta de planificación de actividad futura. 5) Rigidez de los mercados.6) Mayores costes financieros.7) Garantías.

En líneas generales se concluye que los mayores costes financieros exigidos a las Pymes ante la elevada percepción del riesgo que representan para las entidades bancarias se deben básicamente – amén de otras causas – a la ausencia de garantías suficientes y acordes a la financiación requerida.

Por tal motivo, se han creado a nivel internacional diversos esquemas de garantías con el objeto de lograr que los bancos y demás entidades financieras incorporen como clientes de crédito a Pymes, disminuyendo así el riesgo crediticio y los gastos de recuperación en caso de incumplimiento[3].

En nuestro país, teniendo en cuenta la problemática y los diversos estudios efectuados a nivel nacional e internacional, se sancionó la

1 GONZÁLEZ FRAGA, Javier, "Políticas para pequeñas y medianas empresas: Evaluación y propuestas", Instituto Argentino de Mercado de Capitales, p.43-48.
2 CAFALDO, Elena, *et alter*, op. cit., p.6.
3 BARTOLOMÉ ALEMÁN, Paola L. "La Sociedad de Garantía Recíproca en el Sistema de Garantías Argentino", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 2.

Ley 24.467[4] (en adelante LSGR), por medio de la cual se crea una nueva sociedad, denominada Sociedad de Garantía Recíproca, (en adelante SGR) cuyo objeto principal es justamente el de garantizar las obligaciones de las Pymes mediante la celebración de contratos de garantía recíproca.

Pese a que la ley de creación data del año 1995, resulta aún un instrumento desconocido para muchos empresarios y profesionales, aunque paulatinamente fue creciendo el número de SGRs constituidas en nuestro país y de Pymes que acceden a mejores condiciones crediticias por contar con el aval de aquellas.

A los fines de elaborar el presente trabajo se consideró necesario efectuar estas breves consideraciones previas, para poder comprender cabalmente el espíritu de la Ley N° 24.467, la problemática contemplada por el legislador, así como sus fundamentos y objetivos, los cuales toman una mayor relevancia ante la profunda crisis económica que atraviesa nuestro país – declarada mediante Ley N° 27.541 – agravada drásticamente por las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio adoptadas por el Gobierno Nacional ante la aparición del Covid-19 con fundamento en evitar la propagación del virus y el colapso del sistema de salud.

§ 1.1.1.3 Sistemas de garantías y de reafianzamiento en la Comunidad Europea. Rol e importancia ante situaciones de emergencia

§ 1.1.1.3.1 Unión Europea

Europa es la cuna de los sistemas de garantías. Los primeros antecedentes remotos de los actuales mecanismos de garantías surgieron a finales del siglo XIX y su desarrollo definitivo se dio, de forma más o menos sólida, en las primeras tres décadas del siglo XX.

Así, la Unión Europea, observa entre sus directrices de política de estado la promoción e impulsión de las sociedades de garantías predominantes, de tipo mutualista, así Sociedades de Garantías

4 Sancionada el 15 de marzo de 1995 y promulgada el 23 de marzo de 1995.

Recíprocas (SGR) o Sociedades de Caución Mutua (SCM)[5]

La Unión Europea mantiene desde hace varios años una política de potenciación de los sistemas de garantía que se concreta explícitamente en el reafianzamiento por parte del Fondo Europeo de Inversiones (FEI)[6] de una parte de los avales otorgados por dichos sistemas.

En España, por ejemplo, el sistema se instauró en el año 1978 y se ha reformado a partir del año 1994 – modelo adoptado en el año 1995 por nuestro país – y entre las modificaciones instituidas se crea un sistema de reafianzamiento público a través de la Compañía Española de Reafianzamiento (CERSA)[7].

CERSA consiste en la cobertura parcial de los avales financieros a largo plazo (vencimiento superior a 36 meses) otorgados por las sociedades de garantía recíproca, hasta un límite que oscila entre el 30 % y el 75%, siendo mayores para las operaciones destinadas a financiar nuevas inversiones o empresas de nueva creación.

Cabe destacar que desde el año 2000 las operaciones reavaladas por CERSA cuentan a su vez con la contragarantía del Fondo Europeo de Inversiones (FEI)[8], mitigado de esta manera el riesgo por incumplimiento de las Pymes y otorgando solvencia y estabilidad al sistema. Actualmente recibe una cobertura del riesgo para más del 95 % de las operaciones formalizadas, ya que los criterios de elegibilidad de las operaciones y las empresas de CERSA se encuentran alineados con los de los distintos programas de la Unión Europea.

5 Véase desde la Directiva 05/09/1991 de la Comisión Europea.

6 El Banco Europeo de Inversiones es el principal accionista del FEI, que ofrece financiación a las pequeñas y medianas empresas mediante capital riesgo e instrumentos de financiación de riesgo. También son accionistas la Comisión Europea y las instituciones financieras de toda Europa. El Fondo, creado en 1994, interviene en todos los países de la UE, los posibles futuros países miembros, Liechtenstein y Noruega.

7 Sociedad instrumental de la Dirección General de Industria y de la PYME cuya actividad se basa en el reafianzamiento o cobertura parcial del riesgo asumido por las Sociedades de Garantía Recíproca con las pequeñas y medianas empresas que precisan de garantías adicionales para resolver su problemática financiera, priorizando la financiación de inversiones y proyectos innovadores, así como las microempresas y las de nueva o reciente creación.

8 DE LA FUENTE CABRERO, Concepción "Claves del Éxito del Sector de las Sociedades de Garantía Recíproca", www.deltapublicaciones.com, p. 168.

De esta manera, el Fondo Europeo de Inversiones (FEI), actúa desde mediados de los ´90 como institución de cobertura supranacional a través de los acuerdos de reaseguro y garantía que mantienen los sistemas y entidades nacionales de garantías con su "mecanismo de garantías para la pyme".

§ 1.1.1.3.2 Reafianzamiento

Hoy es práctica generalizada en Europa que los sistemas basados en una red de sociedades de garantías, ya sean con tinte mutualistas o corporativas, tengan un sistema de reaseguro de su actividad.

El sistema de segundo aval[9] está convertido prácticamente en todos los sistemas de sociedades de garantías en un elemento permanente del sistema y una eficaz contribución a su estabilidad y solvencia.

Generalmente, las compañías de reafianzamiento no se encuentran facultadas a otorgar avales en forma directa, sino que procuran dar cobertura parcial al riesgo asumido por las SGR con las Pymes que precisan garantías, priorizando la financiación de inversiones y proyectores innovadores, así como las microempresas y las de reciente creación.

En realidad, se trataría de un sistema de reaseguro como elemento de apoyo mediante la asunción de una parte del riesgo asumido por la sociedad de garantías.

A ello se agrega que, como hemos señalado, desde finales de la década de los años 90, el Fondo Europeo de Inversiones (FEI) desarrolló un mecanismo de garantías y reaseguro para la actividad de programas públicos, sociedades de garantías mutuas e incluso los propios sistemas de reafianzamiento nacionales (caso de España o Alemania, por ejemplo).

Podemos afirmar que, desde su creación en 1994 hasta el presente, el Fondo Europeo de Inversiones (FEI), supuso la puesta en marcha del actual sistema de garantías de cobertura supranacional en el

9 Generalmente las compañías de reafianzamiento se encuentran constituidas por aportaciones estatales y en menos proporción por las propias SGR.

ámbito de la Unión Europea.

El FEI cuenta básicamente con garantías directas para proyectos de empresas, garantías de cartera para los bancos participantes en cualquiera de los mecanismos como intermediarios y el reaseguro de los compromisos adquiridos en su actividad por entidades de reafianzamiento, programas de garantías y sociedades de garantías de tipo mutualista.

Uno de los objetivos principales de la institución europea es el de incrementar la disponibilidad de financiación para las pymes a través de productos que faciliten su acceso al crédito y a capitales de inversión.

Principalmente el FEI se centra en atender las necesidades de instrumentos de acceso a la financiación de las empresas pequeñas y de reciente creación, poniendo a su disposición una serie de programas de garantías y de capital riesgo a través de intermediarios de cada país miembro.

En el caso concreto del "mecanismo de garantías para la pyme", se trata de incrementar la capacidad operativa y de actividad de los sistemas de garantías existentes, sea programas públicos de reafianzamiento o de garantías ya sociedades de garantías mutuas (SGR's ó SCM's). La actividad básica de este mecanismo es la emisión de un reaseguro para los productos de garantías existentes y/o nuevos. Con ello se pretende extender el producto de las garantías de crédito a una población creciente de empresas calificadas como pyme para que puedan hacer frente a los más variados proyectos de inversión.

La cobertura del FEI contribuye a aumentar la cobertura de riesgos del sistema de garantías en casi todos los países, llegando a cotas de entre el 70% y el 100% en gran parte de los casos. Es muy usual que el FEI contribuya con una cobertura adicional del 50% de la ofrecida por la entidad intermediaria.

En definitiva, los programas de garantías del FEI tienden a reafianzar la actividad de los intermediarios, verdaderos emisores de la garantía. De hecho, aunque se contemplan formas de garantías directas y co-garantía, que no disfrutan de reafianzamiento

superior, el mecanismo de garantías más potente está destinado preferencialmente a ser una forma de reaseguro para las entidades emisoras de garantías y reafianzamiento a nivel regional y nacional.

Todos los mecanismos de garantías del FEI están a cargo de la Comisión Europea y provistos de fondos desde la Unión Europea.

§ 1.1.1.3.3 Instrumentos y medidas para mitigar el impacto socioeconómico del brote de coronavirus o cualquier otra situación de catástrofe o contingencia

El coronavirus ha sacudido los cimientos del mundo entero, poniendo a prueba los sistemas sanitarios y de bienestar, las economías y el modo de vivir en general.

Los Estados Miembros de la Unión Europea han adoptado un paquete de medidas para reducir las repercusiones socioeconómicas de la pandemia de Covid-19 rápidamente, aprobando un fondo de 540.000 millones de euro, poniendo énfasis en la salud pública, en los trabajadores, las empresas y los países miembros.

La Comisión ha adoptado un Marco Temporal que permite a los Estados miembros utilizar plenamente la flexibilidad prevista en las normas sobre ayudas estatales con el fin de respaldar la economía en el contexto del brote de coronavirus.

Por su parte, el Banco Europeo de Inversiones – principal accionista del FEI – ofrece apoyo a la liquidez para ayudar a las pequeñas y medianas empresas más afectadas a través de un fondo de garantía paneuropeo de 25.000 millones de euros, aprovechado para ello los diversos programas de la institución ya existentes – es decir, con anterioridad a la pandemia – lo que facilita el pronto acceso a las empresas por su cercanía al mercado.

Dicho fondo de garantía paneuropeo funciona como “un escudo de protección” para las empresas europeas que sufren falta de liquidez como consecuencia de la pandemia.

Entre la gran cantidad de medidas y herramientas a disposición para paliar la difícil situación que se atraviesa, se han destacado y apoyado justamente en modelos existentes, especialmente dirigi-

das a Pymes y autónomos, canalizadas a través de las sociedades de garantía, fondos de garantías existentes o nuevos y entidades de reafianzamiento.

A su vez, la Comisión Europea ha desbloqueado 1.000 millones de euros del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE), que constituirá una garantía para el Fondo Europeo de Inversiones (FEI), que forma parte del Grupo del Banco Europeo de Inversiones. Esto permitirá al FEI emitir garantías especiales para incentivar a los bancos y otras entidades de préstamo a aportar liquidez a un mínimo de 100.000 Pymes afectadas por el impacto económico de la pandemia de coronavirus, con una financiación disponible estimada en 8;000 millones de euros.

Las características fundamentales de estas garantías son las siguientes:

- acceso simplificado y más rápido a la garantía del FEI;
- una cobertura de riesgo más elevada (hasta el 80 % de las pérdidas potenciales por préstamos individuales, frente al 50 % habitual);
- condiciones más flexibles, tales como prórroga, reprogramación o suspensión del pago.

Tras la convocatoria de manifestaciones de interés, los intermediarios financieros que ya hayan celebrado acuerdos con el FEI al amparo de los programas COSME e InnovFin podrán acceder a las nuevas garantías inmediatamente si así lo solicitan. Otros intermediarios financieros podrán acceder a ellas tras un rápido proceso de solicitud. De este modo, los nuevos fondos ya podrán empezar a fluir hacia las empresas gravemente afectadas en lo inmediato.

De esta manera, en los diversos países europeos se han aprobado líneas especiales Covid-19 como adenda a contratos de reafianzamiento y que han entrado en vigor con fecha 1 de abril 2020.

Se han abierto líneas con cobertura extraordinaria del riesgo de crédito de operaciones de financiación para Pymes afectadas en su actividad por el COVID-19 para fomentar la concesión de crédito de las entidades bancarias avalada por las SGR, que pueden

garantizar el 100% del riesgo de cada una de las operaciones de financiación, contragarantizando CERSA el 75%, en el caso de España.

Por lo tanto, se incrementa el porcentaje de reaval hasta el 75% en la nueva línea COVID-19 de CERSA, muy superior al que estaba en vigor hasta ahora, que para operaciones de circulante se limitaba al 50%, de forma que supone un incremento del 50% respecto a la situación pre COVID-19.

La síntesis efectuada anteriormente pretende demostrar desde una mirada empírica cómo un adecuado sistema de garantías ya existente, con intermediarios e instituciones de reafianzamiento a nivel regional, nacional y supranacional ha sido aprovechado al máximo de su potencial y ha sabido articularse para hacer frente a una situación absolutamente imprevista y de gravedad extrema causada por la aparición del Covid-19.

§ 1.1.1.4 Fondo de Garantías Argentino. Necesidad de fortalecer el sistema de reafianzamiento en Argentina. Mercosur

§ 1.1.1.4.1 Empoderamiento del Fondo de Garantías Argentino (FoGAr)

Ya en otros trabajos hemos señalado la necesidad de reforzar el sistema de reafianzamiento o segundo aval dentro del sistema de garantías argentino, con el objeto de fortalecer y dotar de solvencia al mismo.

Al respecto, también hemos considerado loable el empoderamiento del Fondo Argentino de Garantías (FoGAr)[10] a partir de las modificaciones que la Ley N° 27.444 introduce en la Ley N° 25.300 en torno al ex Fondo de Garantías para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (Fogapyme), para hacer frente a las dificultades econó-

10 El objeto de FoGAr consiste en otorgar garantías en respaldo de las que emitan las sociedades de garantía recíproca, y ofrecer garantías directas e indirectas, a fin de mejorar las condiciones de acceso al crédito de las personas que desarrollen actividades económicas y/o productivas en el país.

micas que atraviesan las empresas y como institución de reaseguro para el sistema de garantías en nuestro país[11].

Entre ellas destacamos a su vez, las mayores atribuciones conferidas a la Autoridad de Aplicación – Banco Central de la República Argentina – a través de la modificación del art.81 de la LSGR, entre las que se destacan, entre otras:

a. La posibilidad de definir los criterios de inversión que deban observar las SGR, pudiendo establecer inversiones obligatorias de hasta un 25 % del fondo de riesgo en fondos de garantía públicos que tengan entre sus objetivos el reafianzamiento de las obligaciones por ellas contraídas.

b. Establecer un aporte solidario a uno o más fondos de garantías públicos que tengan entre sus objetivos el reafianzamiento, de hasta un monto equivalente al CINCO POR CIENTO (5 %) de los nuevos aportes o reimposiciones que se realicen al fondo de riesgo de una SGR.

Estas incorporaciones si bien son dignas de elogio, pues tienden a fortalecer el sistema de garantías a través de un adecuado régimen de avales de segundo piso o reafianzamiento, deben ir necesariamente acompañadas de una firme decisión política de pronta y eficaz implementación de las herramientas que nos provee el ordenamiento jurídico, pues sin ello, no hay desarrollo posible y la letra y el espíritu de la ley se convierten en meras declaraciones utópicas de nulo cumplimiento, desaprovechando institutos beneficiosos para la comunidad, las empresas y el mercado de capitales.

Dentro del contexto actual de la pandemia, el Gobierno Nacional ha hecho uso de FoGAr destinando la suma de $ 30.000 millones para la conformación de un fondo de afectación específica que tiene por objeto facilitar el acceso al crédito a las Pymes mediante

11 BARTOLOMÉ ALEMAN, Paola L. “Las implicancias que el Decreto N° 27/2018 podría traer aparejadas en el sistema de las Sociedades de Garantía Recíproca creado por Ley N° 24.467 y sus modificatorias”, Libro de Ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa “hacia el nuevo derecho societario”, Rosario, Santa Fe, septiembre de 2019.

el otorgamiento de avales ante las entidades financieras a fin de aplicarlos a capital de trabajo y abonar los sueldos a una tasa fija máxima del 24 % con un período de gracias de tres meses.

Se trata de un aval del 100% en los casos de micro y pequeñas empresas y monotributistas de todas las categorías; y del 25% en los casos de las empresas medianas tramo 1 y 2.

De esta manera se intenta acotar el riesgo para los bancos y facilita las garantías que requieren las Pymes, pero la aplicación en la práctica ha demostrado que resulta absolutamente insuficiente para paliar la grave crisis que atravesamos. Obsérvese que para las Pymes medianas tramo 1 y 2 el aval ofrecido es sólo del 25 % del crédito, lo que lógicamente desalienta a las entidades financieras a diferencia de España, donde las garantías por parte de CERSA ascienden al 75 % de aquellas avaladas por las SGR, según ya hemos señalado *ut supra*[12].

Consideramos que si el sistema de garantías y reafianzamiento se hubiere encontrado más consolidado en nuestro país – como lo venimos sosteniendo desde hace años-, se podrían haber articulado mejor las herramientas que disponemos para afrontar la crisis desde un lugar de superior posicionamiento.

En efecto, la experiencia europea en torno al sistema de garantías y su correcto funcionamiento, así como la adecuada articulación supranacional de sus institutos ante situaciones de crisis, nos permiten resaltar que la ausencia de decisiones políticas concretas en nuestro país nos aleja de los objetivos previstos por el legislador y de soluciones adecuadas y prácticas para paliar la difícil situación económica que actualmente atravesamos.

Resulta imperativo en consecuencia fortalecer aún más el sistema de reafianzamiento en Argentina, permitiendo de esa manera mitigar el riesgo asumido por las SGR al avalar las obligaciones contraídas por las Pymes.

Ello no sólo para hacer frente a situaciones de emergencia y/o catástrofes, sino para el normal, adecuado y eficaz funcionamiento

12 *Vid. supra* punto 3.3 del presente trabajo.

del sistema de garantías y sus actores, viéndose incrementada de esa manera la adicionalidad que el mismo genera (tanto para las Pymes, como para las entidades financieras, el mercado de capitales y las economías regionales y nacionales).

§ 1.1.1.4.2 Declaración de los presidentes del Mercosur sobre Coordinación Regional para la Contención y Mitigación del coronavirus y su impacto

Finalmente, cabe decir que en fecha 18 de marzo de 2020, a través de una reunión virtual convocada por Paraguay, a cargo de la presidencia del bloque, los cuatro países del MERCOSUR tomaron una serie de medidas destinadas a frenar el avance del coronavirus y minimizar su diseminación.

Además, decidieron varias otras para dar respuestas en el marco regional a los enormes desafíos económicos y productivos que esta pandemia ha provocado.

De los considerandos de la Declaración surge que *"es necesario generar espacios de concertación regional multisectoriales, que aborden esta problemática con perspectiva estratégica y solidaria, colocando a la ciudadanía en el centro de los esfuerzos colectivos"* y finalmente declaran entre otros puntos su voluntad de … "*punto 7) Convocar a organismos multilaterales de crédito, en particular al BID, la CAF y FONPLATA para que evalúen en forma conjunta líneas de acción que contribuyan a enfrentar eficazmente los desafíos derivados del combate a la propagación del Coronavirus y sus consecuencias en los Estados Partes del MERCOSUR"*.

Luego de ello, a principios del mes de abril del corriente año, el organismo informó que decidió crear un fondo especial para ayudar a sus Estados miembro en las acciones que toman para frenar el avance de esta pandemia y destinarlos al proyecto de Investigación, Educación y Biotecnología, y principalmente para poder adquirir más dispositivos de testeo que permitan detectar la enfermedad en los pacientes.

Si bien el Mercosur, a casi 30 años de su nacimiento, se encuentra sumamente alejado de su meta original (conformar un Mercado

Común del Sur), encuentra en esta crisis una imprevista oportunidad de afianzar lazos y trabajos en conjunto con el fin de contribuir a controlar la pandemia y ayudar a sus 295 millones de habitantes.

Sin perjuicio de ello, y por cuestiones que no hacen al objeto de este trabajo, el bloque del Mercosur se encuentra actualmente paralizado y con ello las oportunidades de trabajar en conjunto para paliar los impactos económicos provocados por el Covid-19 han quedado truncas.

Es un momento en el que para enfrentar la crisis se necesita reunir fuerzas, aprovechar los tratados, instrumentos y mecanismos existentes, así como crear nuevas herramientas, cuya aplicación práctica por otros organismos internacionales más evolucionados han servido de apoyo para mitigar el impacto negativo del Covid-19 en las empresas y economías.

Sostenemos que la implementación de un adecuado y completo sistema de garantías y reafianzamiento a nivel local, regional y hasta supranacional podría ser - aunque ideal - un modelo superador y/o al que al menos debiéramos aspirar.

§ 1.1.1.5 Consideraciones finales

Una de las consecuencias económicas inmediatas de la pandemia de coronavirus es la súbita falta de liquidez que afecta a las Pymes. Estas empresas suelen ser las más afectadas en una crisis, y es esencial apoyarlas de manera apropiada para que puedan sobrevivir.

Por su parte, uno de los mecanismos – entre muchos más – que se han utilizado en diversos países del mundo ha sido el de ayudas estatales a través de la constitución de fondos de afectación específica, que complementan los sistemas de garantías existentes, ya sea a nivel nacional y/o supranacional, con adecuados y eficaces sistemas de reafianzamiento, como lo vienen demostrado en Europa.

Desde hace muchos años venimos subrayando la importancia que los sistemas de garantías poseen para el desarrollo y crecimiento de las Pymes, con la adicionalidad que el mismo genera en las

economías locales, regionales y nacionales.

La experiencia europea en torno al sistema de garantías y su correcto funcionamiento, así como la adecuada articulación supranacional de sus institutos ante situaciones de crisis, nos permiten resaltar que la ausencia de decisiones políticas concretas en nuestro país nos aleja de los objetivos previstos por el legislador y de soluciones propicias y prácticas para paliar la difícil situación económica que actualmente atravesamos.

Contamos con las herramientas e institutos jurídicos, es momento de aprovecharlos.

Es momento de adoptar medidas concretas tendientes a su correcta implementación. Es momento de creación e innovación.

Es momento de activar mecanismos reales de apoyo, que permitan sortear la crítica situación económica de todo el tejido empresarial en nuestro país y en la región.

§ 1.1.2 La Digitalización del Sistema Financiero

Por Sebastián Scoccia.Colegio de Abogados Bahía Blanca

PONENCIA

Debemos promover la digitalización del sistema financiero para mejorar la inclusión de sus usuarios. Pero con ciertos controles, de forma equilibrada, a los fines de no generar una banca de hecho digital.

§ 1.1.2.1 Desarrollo

El Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA), comenzó con la difusión de un informe periódico con un monitoreo y seguimiento de una serie de indicadores del progreso e impacto de las políticas de servicios financieros en la Argentina.

El BCRA define la inclusión financiera en el "Informe de Inclusión Financiera" de noviembre 2019 de la siguiente manera*: "El Banco Central de la República Argentina tiene como uno de sus objetivos principales fomentar la inclusión financiera, es decir, lograr que todas las personas y empresas accedan y hagan uso de los servicios y productos financieros para realizar pagos, ahorrar o demandar un crédito, a un costo razonable y de manera segura para el consumidor y sostenible para los proveedores. De esta forma también contribuye con su finalidad de promover el desarrollo económico con equidad social que establece el art. 3º de su Carta Orgánica".*

Esta definición habla de acceso y uso de servicios y productos financieros, a un costo razonable y de manera segura para el consumidor y sostenible para los proveedores. Nada que objetar con semejante expresión de deseo.

Los objetivos estratégicos enunciados por la estrategia nacional de inclusión financiera son:

1. Completar y mejorar el acceso a cuentas de ahorro, crédito, medios de pagos electrónicos, y seguros.

2. Potenciar el uso de cuentas, medios de pago electrónicos, y otros servicios financieros, como portal de entrada al sistema financiero.

3. Mejorar las capacidades financieras de la población y la protección al usuario (calidad).

Va de suyo que al BCRA y al Gobierno de turno les interesa significativamente que la mayor parte de la población esté bancarizada. Por la sencilla razón que limitaría o dificultaría la evasión tributaria y asimismo, la recaudación de impuestos sería más rápida y eficiente.

Los bancos por supuesto que acompañarían la medida. Sus servicios se multiplicarían y con ello la cobranza de los mismos también en forma automática.

Pero veamos cómo es la situación en la actualidad.

Si nos centramos en el acceso físico a los servicios bancarios básicos (retirar dinero, depositarlo, pagar una compra, etc.) tenemos que analizar el aspecto territorial de su distribución y su distribución. Existen en Argentina más de 32.000 puntos de acceso (en adelante 'PDA'), de los cuales aproximadamente 58,5% correspondía a cajeros automáticos, 23% a terminales de autoservicio, 18,0% a sucursales y 0,5% a sucursales móviles. Existían a fines de 2019 cerca de 20.000 cajeros automáticos -la gran parte de ellos circunscriptos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al GBA- repartidos mayormente entre la red Link y la red Banelco. El año pasado el BCRA permitió que otros actores participaran del juego de los cajeros automáticos, habilitando a la empresa Red Hasar para instalar aparatos similares. Decimos similares porque son de menor dimensión, la carga de billetes la realiza el comerciante -habrá que analizar el tema de la seguridad- para que luego la empresa le reintegre el dinero ingresado al aparato. No son muchos los que se han implementado y seguramente las billeteras electrónicas o similares les han jugado en contra. Otra empresa que planeaba desembarcar se llama Octagon, de capitales norteamericanos.

Luego, con una óptica más amplia, se suman a los comercios que permiten realizar extracciones de efectivo, como supermercados, estaciones de servicio, farmacias y centros de cobro de redes de cobranzas extrabancarias.

Decíamos que se veían desalentadas las empresas de cajeros a entregar nuevos aparatos por el surgimiento de medios de pago electrónicos alternativos para realizar y recibir pagos (p. ej., billeteras electrónicas) que sin duda aliviaron la escasez de puntos de acceso. Pero para eso es fundamental mejorar la infraestructura digital. Si bien hoy en la Argentina existen más líneas de telefonía móvil que personas, existe una alta prevalencia de planes prepagos y el acceso a internet por parte de las distintas ciudades del país dista de ser la ideal sobre todo cuando nos encontramos en pequeños poblados o lugares alejados de las grandes ciudades.

Entiendo que la normativa tendría que comenzar a analizar otras alternativas al clásico servicio financiero provisto por la banca tradicional. Mercado Pago es un ejemplo. Las criptomonedas también son cosas que debemos analizar. No podemos suponer que el inicio de una relación crediticia formal o de pago, nace con una cuenta bancaria a la vista.

§ 1.1.2.2 ¿Cómo define el BCRA la innovación financiera?

"La innovación financiera es la creación de nuevos productos y servicios financieros o el desarrollo de soluciones que mejoren los existentes. La aplicación de tecnologías de la información y de la comunicación dinamiza la innovación financiera, agilizando procesos, reduciendo costos y permitiendo llegar a nuevos usuarios. De este modo, la digitalización está transformando el sistema financiero. Así, hoy se puede pagar, sin usar efectivo con una billetera electrónica, abrir una cuenta de forma remota validando tu identidad con una foto tomada en el momento, pedir un préstamo desde tu teléfono celular, entre otros ejemplos.

En el Banco Central trabajamos la innovación financiera en estos tres ámbitos:

1) Regulación

Estudiamos los enfoques de otros bancos centrales, analizamos las recomendaciones y mejores prácticas de los organismos de regulación y supervisión internacional y las aplicamos a nuestro contexto.

Así, adoptamos medidas para:

Generar más competencia, ampliando el rango de actividades complementarias de las entidades financieras permitiendo que sean accionistas de empresas Fintech1.

Desarrollar servicios y productos financieros, posibilitando el depósito electrónico de cheques, permitiendo que las entidades financieras puedan procesar y resguardar en la "nube" ciertas actividades o que puedan incorporar nuevos clientes de forma remota, entre otros ejemplos.

Diseñar con foco en el usuario, mejorando la experiencia de pago con aplicaciones que permitan no usar efectivo o incorporando más dispositivos para canalizar cobros, como POS móvil y botón de pagos.

Estas medidas son orientativas. Podés encontrar más información en el buscador de comunicaciones, seleccionando por "tipo" las comunicaciones A (normativa permanente), B (normativa reglamentaria, transitoria o circunstancial) o C (informativas o rectificatorias).

2) Mesa de Innovación Financiera

Este espacio de trabajo, de colaboración público – privada, está integrado por especialistas del Banco Central, empresas Fintech, bancos, emprendedores y organismos públicos y privados. En él trabajamos para desarrollar herramientas y soluciones que logren mayor inclusión financiera y un sistema financiero eficiente en reuniones periódicas con estos ejes:

Medios e infraestructura de pagos.

Tecnologías y sistemas transversales.

Canales alternativos de crédito y ahorro.

Soluciones por medio de la tecnología blockchain o cadena de

bloques.

3) Programa de Innovación Financiera (PIF)

Esta iniciativa anual convoca a emprendedores, estudiantes y profesionales de diferentes áreas relacionadas con el mundo financiero para generar proyectos para resolver los desafíos actuales: digitalización, pagos digitales, bancarización, scoring alternativo, usabilidad, sostenibilidad, datos, protección al usuario, inclusión financiera, oportunidades de financiamiento y metas de inflación, entre otros."

(http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosydePagos/Innovacion_financiera.asp.) Es importante que por lo menos se esté analizando las nuevas alternativas de acceso al crédito y formas de pago, ya que esos sistemas irrumpieron en el mercado y la gente que ha podido tener acceso a ellos, no tienen resguardo alguno ante una falla del sistema. Más allá de los que localmente cada plataforma les pueda proveer y que muchas veces son desconocidas para ellos, encontrándose en los clásicos "Términos y Condiciones" que nunca leemos y que intencionalmente se escriben de una manera por demás dificultosa.

§ 1.1.2.3 Las Fintechs

Pareciera que el surgimiento de las Fintech podría acercar financiamiento a sectores excluidos inicialmente del sistema bancario, debido a su agilidad y menor exigencia de requisitos para acceder al dinero. Las mismas han tenido un notorio incremento en los servicios que prestan.

Este crecimiento puede ser explicado como un efecto lógico de la expansión que estas actividades tuvieron en todo el mundo y por la falta de regulación y control adoptada inicialmente por el BCRA pensamos que por no estar relacionados con las entidades financieras formales, o quizás porque entendían que no alcanzarían el desarrollo que finalmente tuvieron. Sin embargo, a comienzos del 2020, el BCRA decide dar el primer paso en la regulación de la actividad de los PSP (Proveedores de Servicio de Pago), conformando luego el Texto Ordenado de Proveedores de Servicios de Pago que

Ofrecen Cuentas de Pago.

Los usuarios de este sistema pueden adquirir vía web o aplicaciones móviles sus servicios y no necesitan una cuenta bancaria asociada. Con estas tarjetas los usuarios pueden realizar las mismas operaciones que admiten las tarjetas de débito —como ser, realizar pagos presenciales (mediante POS) y virtuales, extracciones de efectivo en ATM, etc. — pudiendo realizar el depósito de fondos previos para tender disponibilidad en el sistema de manera electrónica (transferencia bancaria) o en cualquier punto de cobranza extrabancaria. Para agilizar la interoperabilidad, el BCRA lanzó la Clave Virtual Uniforme (CVU), que permite la extensión del sistema de ruteo de cuentas bancarias tradicionales (CBU) hacia los proveedores de servicios de pago (PSP), asimismo facilitando la trazabilidad de estas operaciones.

Mercado Pago es el ejemplo por excelencia de lo que mencionamos más arriba.

La Com. A 6909 comenzó a regular el sistema ante un avance importante de este tipo de empresas donde el contrato al que se sujeta el destinatario no es controlado por ninguna entidad oficial. Ya que si bien es importante como una nueva boca de acceso al crédito por parte de las personas físicas, su magnitud ya ha significado que el BCRA tome cartas en el asunto.

Recordemos lo que prescribe el art. 3° de la Ley de Entidades Financieras: “Las disposiciones de la presente Ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia”.

Insistimos, que es un mercado incipiente pero no por ello debe despreciarse. Y por lo tanto, tener cierto control. Hoy no es suficiente como alternativa para el acceso al crédito, pero su crecimiento en poco tiempo es para tenerlo en cuenta.

Por supuesto que siempre mantenemos el problema de los sujetos que están en “negro” en su relación laboral. Esas personas que no tienen cuenta sueldo para debitar los préstamos, o códigos de

descuento, están al margen de este sistema.

§ 1.1.2.4 Los Bancos digitales

Los bancos digitales son lo más parecido a la banca regular, con la gran diferencia que no tienen espacio físico para la relación con el cliente. Pero la operatoria es la misma.

En Argentina existe el Wilobank SA, y luego le siguieron Brubank SAU y Rebanking (Grupo Trasatlántica).

Estos bancos digitales cumplen con las regulaciones del BCRA sobre entidades financieras. De esta forma estas entidades prestan los servicios financieros intermediando depósitos y créditos, proveyendo medios de pago efectivos y seguros, sin necesidad de contar con sucursales físicas.

Asimismo, brindan atención a sus clientes proveyendo canales alternativos para realizar los depósitos y extracciones de efectivo.

§ 1.1.2.5 La Propuesta

Como hemos visto, el mismo BCRA se ha percatado de la necesidad de incluir a mayor cantidad de personas en el sistema financiero.

Esto debido a varias razones:

1) la pandemia nos ha demostrado que el usuario puede manejarse en forma eficiente por medios digitales

2) los bancos pueden adaptarse a estas tecnologías, mejorando drásticamente lo hecho hasta ahora

3) las Fintech han tomado la delantera y han demostrado que se puede ser más eficiente, ágil y con menores costos

4) esto permitirá que el sistema pueda tener mayor cantidad de actores, y debería abaratar los costos.

¿Qué dificultades vemos en esto? Las Fintech no tienen prácticamente control alguno. Puede haber empresas serias, pero también algunas que no lo sean y de esa manera defraudar al

público usuario ante su desconocimiento.

La Banca digital que podría ser un intermedio entre los dos sistemas nos puede dar la solución. Pero debe haber un equilibrio entre las regulaciones del BCRA y la agilidad del sistema. Porque si ellas son muy estrictas, volveremos a caer en la exclusión no por los medios al que tiene acceso el consumidor, sino por las condiciones para otorgar créditos.

Pero por supuesto tampoco puede ser tan "liviano" como es hoy en día.

Otra limitante la encontramos en el acceso a la tecnología en buena parte del país. Esta epidemia nos ha demostrado que en los grandes y medianos centros urbanos, el acceso es relativamente normal. Pero en las pequeñas ciudades, los pueblos, etc., ese acceso se limita muchísimo. Lo mismo con las personas con cierta edad.

Sin duda obstáculos que deberán ser salvados. Lo mismo que con la informalidad del empleo. Mientras más digital se vuelva la banca, más exigencia habrá que el consumidor bancario "exista" en el sistema. Eso deja afuera hoy al 40% de los trabajadores informales que existen en nuestro país. Para ellos debemos buscar una solución que deberá venir de varios lados. Pero mientras ello exista, cada vez más quedarán fuera del sistema a medida que se vaya tecnificando el mismo.

Este es a mi criterio el próximo desafío de la banca el acceso al crédito.

§ 1.1.3 Fintech, una herramienta viable en época de pandemia

Por 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.

PONENCIA

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.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.

Palabras claves: Fintech. Operaciones en la tecnología financiera y sus problemáticas. Regulación y contralor de Fintech. COVID-19.

§ 1.1.3.1 Desarrollo

§ 1.1.3.1.1 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 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*[13]; 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[14].

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*

13 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/

14 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.

en la provisión de servicios financieros a través de la transformación de modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos[15]; 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[16].

§ 1.1.3.1.2 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.

§ 1.1.3.1.2 Operaciones más frecuentes en Fintech

Dentro de las amplias actividades que podemos mencionar realizadas bajo la modalidad de este tópico, cabe destacar[17]: a) Crowdfunding[18]; b) InsureTech[19]; c) pagos, transferencias e inversiones; d) blockchain & crypto; e) servicios fintech B2B[20]; d) seguridad

15 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.

16 Heredia Querro, S. *Banca vs Fintech: Round 1*. LA LEY 19/02/2020. AR/DOC/176/2020.

17 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

18 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

19 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/

20 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.

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[21]; i) comisiones por uso de plataforma tipo e-commerce y/o Marketplace; j) billetera virtual[22]; 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[23].

§ 1.1.3.1.2.2 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[24], 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

com/2015/03/que-significa-fintech/

21 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/

22 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

23 Idem 5.

24 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

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*[25]. 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)[26], ello relacionado a diversos factores como la falta de acceso a la tecnología, 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[27], 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.

§ 1.1.3.2 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.

25 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

26 Estoup, L. A. *Cómo regular las fintech en Latinoamérica*. Publicado 04/12/2019. LA LEY 2019-F. AR/DOC/3526/2019

27 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.

§ 1.1.3.2.1 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[28] (PSP) y la Clave de Validación Única[29] (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, 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)[30] y su Decreto 711/2017[31].

c) Ley 25.326 de Protección de Datos Personales[32] y su reglamentación la Resolución 48[33] y 132/2018[34] de la Agencia de

28 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

29 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/MediosPago/Politica_Pagos.asp

30 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/270000-274999/273567/norma.htm

31 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/275000-279999/279301.htm

32 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm

33 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/310000-314999/312662/norma.htm

34 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/315000-319999/315502/nor-

Acceso a la Información Pública, respecto a la formación de base de datos.

d) Disposición 4/2004[35] y 7/2005[36] en relación al Código de Ética de *Marketing* Directo y de clasificación de infracciones respectivamente. Así como las Disposiciones Nº 8/2006[37] sobre página web; Nº 2/2008[38] de *habeas data* y la Nº 7/2008[39] 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*[40] (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.

f) La implementación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)[41], en concordancia con esta temática.

g) Por último y no menos importante, cabe mencionar las Comunicaciones "A" 6859[42], "A" 6885[43], "A" 6929[44], "A" 6942[45] y "A" 6948[46] emitidas en el corriente año[47], por el BCRA[48].

---

ma.htm

35 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/100000-104999/101360/norma.htm

36http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/110000-114999/111293/texact.htm

37 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/texto

38 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/texto

39 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/texto

40 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98433/texact.htm

41 Idem 19 y 20.

42 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6859.pdf

43 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6885.pdf

44 https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6929.pdf

45 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6942.pdf

46 http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A6948.pdf

47 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

48 Branciforte, Fernando O. E*l nuevo mundo pandémico y su efecto en las fintech, los consumidores y los usuarios*. LA LEY 03/06/2020, 6.

§ 1.1.3.2.2 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)[49].
- 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.

§ 1.1.3.3 Fintech en Argentina

A modo ilustrativo, cabe mencionar algunos ejemplos de tecnología financiera en nuestro país:

- **AFLUENTA**[50]**:** 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[51].
- **UALÁ**[52]**:** aplicación móvil para administración financiera personal realizada para Argentina y que funciona a través de Mastercard. Allí, se puede realizar transacciones finan-

49 http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Innovacion_financiera.asp
50 https://www.afluenta.com/
51 https://camarafintech.com.ar/nosotros/
52 https://www.uala.com.ar/

VOLVER A ÍNDICE

cieras, 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[53]:** 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.

§ 1.1.3.4 Conclusión

Con la aparición y propagación del virus SARS-CoV-2[54], que provoca la enfermedad (actualmente pandemia[55]) 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 actualmente 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.

53 https://todopago.com.ar/
54 https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus
55 Declarada por la Organización Mundial de la Salud, con fecha 11/03/2020.

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.

§ 1.1.4 Las criptomonedas y el dilema de su naturaleza jurídica: ¿Valores negociables? ¿Bienes? ¿Reserva de valor? ¿Puede calificarse como oferta pública? Algunas cuestiones tributarias

Por Diego Alberto Rapoport- María de los Ángeles Morrone- Marcela Fabiana Civallero. Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

En Argentina no existe legislación que regule las criptomonedas, pero sí diversas normas y resoluciones que las mencionan ya sea tangencialmente o no y que, en general, las tratan como activos financieros, como ocurre con la legislación tributaria. En consecuencia, si bien aún no nos encontramos ante un uso masivo de las criptomonedas en nuestro país, lo cierto es que en un tiempo no muy lejano deberá resolverse el "dilema de su naturaleza jurídica" con la regulación legal adecuada. ·En Argentina las criptomonedas no son moneda, ni dinero, ni títulos valores, pero tampoco están prohibidas, por lo cual pueden ser objeto de obligaciones o constituir el medio de pago cuando ha sido expresa y claramente pactado por las partes.

§ 1.1.4.1 Introducción

Para comenzar diremos que el surgimiento de las criptomonedas es un hecho irreversible que se debe contemplar y estudiar. Es necesario comprender un poco más sobre la función de las criptomonedas y todos estos nuevos conceptos que aparecen a diario en nuestra vida y afectarán en un futuro más o menos cercano a la economía de los países.

Las criptomonedas representan un desafío global en varios niveles, por lo que conocer más sobre ellas es algo indispensable. Pensemos en los riesgos y beneficios que esta tecnologia trae aparejada y nos daremos cuenta que es necesario su abordaje inmediato. En la actualidad en nuestro país deben ser encuadradas descartando

diversas figuras, dentro del régimen correspondiente a los bienes que no son cosas, pese al el hecho de que nacieron con la finalidad de ser utilizadas como monedas.

§ 1.1.4.2 Desarrollo

Conceptualmente se dice que las criptomonedas son un tipo de moneda digital, es decir, no existen de forma física pero que sirven como moneda de intercambio, permitiendo transacciones instantáneas a través de internet, resultando alternativas a las monedas convencionales emitidas por los Estados[56]. Son transfronterizas, por lo que se negocian en "tierra de nadie"[57] o si se quiere en "tierra de todos" pues así es el ecosistema de internet. El control de cada moneda funciona a través de una base descentralizada usualmente una cadena de bloques (blockchain), que sirve como una base de datos de transacciones financieras públicas.

Otros tipos de monedas digitales son las monedas virtuales (normalmente controlada por los desarrolladores[58], dinero electrónico[59] y cupones de internet.[60]. Lo que diferencia a todas estas divisas es la tecnología, la encriptación y la filosofía que utilizan. La mayoría de las criptodivisas utilizan la tecnología Blockchain, pero no es la única.

56 Díaz Cisneros, Adriano P., Bitcoin: El poder del consumidor, Microjuris, MJD10611; Blossiers Mazzini, Juan J., Acerca del dinero https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Athina/article/viewFile/1152/1106.

57 Es que, como bien se ha dicho, los negocios que hoy se mueven en el ciberespacio tienen muy pocas normas jurídicas obligatorias que los regulen y, además, por lo menos hasta ahora, no hay quien las pueda reglamentar ni hacerlas cumplir coactivamente (Gerscovich, Carlos G., Consumidores bancarios en el ciberespacio, Microjuris, MJD6680)-

58 Por ejemplo, en muchos videojuegos existe internamente una divisa con la que se pueden comprar objetos. Este dinero que se usa dentro del juego es virtual.

59 El dinero electrónico es un valor o medio de pago que se almacena en un soporte electronico. La UIF ha definido al dinero electrònico, como un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir mediante el cual se transfieren electronicamente monedas que tienen curso legal en algun pais o jurisdiccion.

60 Son aquellos que permiten obtener un descuento por compras efectuadas de manera online. Se llaman tambien cupones de descuento o promocionales

En el año 2009 apareció la primera criptomoneda completamente descentralizada, el Bitcoin, que fue creado por Satoshi Nakamoto junto con el software que los sustenta (Blockchain). A día de hoy no se sabe quién está detrás del nombre del creador. La aparición del bitcoin fue tan innovadora que los términos de Criptomoneda y Bitcoin se funden en uno sólo y es indistinto hablar de una sin la otra.

En cuanto a su infraestructura, incorpora avances tecnológicos que fueron capitales en el desarrollo de las mismas, como la criptografia y la prueba de trabajo. Se trata de un ejemplo de sistema alternativo de emisión monetaria de tipo privado, sin intermediacion, basado en el consenso de sus pares. A su vez se sostiene que es una moneda de tipo deflacionario, por lo que al contrario de las monedas emitidas tradicionalmente, la misma se valoriza con el paso del tiempo y su oferta es finita y predeterminada.

En nuestro país, son variadas las posiciones respecto de las criptomonedas. Sus detractores sostienen que son el escape perfecto para la cibercriminalidad pues favorecen el lavado de dinero, el intercambio de bienes y servicios ilegales y la financiación de actividades terroristas. Añaden como punto negativo el anonimato enfocado a la persecución criminal e identificación en los intercambios. En cuanto a la investigación criminal sostienen la volatilidad de la evidencia. No hay protección de los consumidores por lo que el estado debe abordar la temática.

En tanto, para otros las criptomonedas son monedas virtuales equivalentes al dinero con la ventaja de la emisión privada, donde el intercambio es peer to peer (P2P).[61] La transferencia es sin terceras partes, sin intermediación con el resalto de beneficios sociales y desafíos múltiples. Se enfatiza la utilización de una base de datos distribuida (Blockchain), el uso de tecnologías open source, la revolución registral, la trazabilidad del sistema, la irreversabilidad de la información allí contenida y por consiguiente la transparencia informativa. En este orden de ideas, quienes aceptan el

61 Peer to peer: concepto informatico que llego para quedarse y significa “de igual a igual”, o “de par a par” o “de punto a punto”.

avance de las monedas cripto, fomentan su utilización más allá de no estar reguladas por la ley, dado que su fundamento jurídico se basa en la voluntad de las partes expresada en un contrato.

§ 1.1.4.3 Blockchain y criptomonedas

No podemos abordar la temática de las criptomonedas sin dejar de referirnos al funcionamiento de la blockchain. En efecto, la cadena de bloques (Blockchain) es también un sistema revolucionario, quizás sólo equiparable a la revolución desde las comunicaciones que internet trajo consigo.

La Blockchain resulta una manera descentralizada y transparente de registro de transacciones.

No puede concebirse la existencia de criptomonedas sin el funcionamiento de la cadena de bloque. Su utilización más difundida es en función de las criptomonedas, como los casos de Bitcoin y Ether. La primera anunció publicamente a todo el mundo la tecnología Blockchain.

El uso de la Blockchain, que nació y se desarrolló para la creación de las monedas digitales, se proyecta para otros usos que van más allá de ser el soporte de las mismas. De tal forma en que esas transacciones con criptomonedas con soporte en cadenas de bloques originan una registración rápida, a bajo costo y con mayor seguridad, por tal motivo es que pueden utilizarse para otras funciones más allá de las financieras, tales como registros de propiedad, gestión de las cadenas de suministro, uso y transferencia por cualquier título de bienes, derechos y activos digitales, tales como música y video. Se destaca asimismo su empleo para los contratos autoejecutables.

La Blockchain genera una transferencia sobre el control de las transacciones cotidianas con la tecnología, alejándolo de las élites centrales y redistribuyéndolo entre los usuarios. Con ello, hacen que los sistemas sean más transparentes y, quizá, más democráticos... También hay otras cuestiones generales que considerar. Por ejemplo, la transparencia de la cadena de bloques está bien para asuntos de dominio público como los registros catastrales... No

obstante, aunque las cadenas de bloques no sean la solución a todos los problemas y no revolucionen todos los aspectos de nuestra vida, podrían tener una repercusión sustancial en muchos ámbitos y es necesario estar preparados para las dificultades y oportunidades que presentan[62.]

Comprender el funcionamiento de la Blockchain no resulta muy complicado haremos una breve explicación de su funcionamiento

Cómo se vinculan los conceptos de blockchain y criptomonedas

La Blockchain, esencialmente prescinde de los intermediarios. Parte de la idea de una descentralización en toda su mecánica. La conducción del proceso es de cada uno de los distintos usuarios, es decir evita la centralización del manejo de la información y el registro de las transacciones. En definitiva, podemos comparar a la cadena de bloques como un extenso registro y descentralizado registro contable.

Se utiliza un protocolo de consensos encriptado cada vez que se hace necesario hacer una modificación del bloque anterior. No se eliminan. Cada asiento queda registrado, no se borra. Cada modificación posterior se registra sin sustituir el punto modificado, que queda como antecedente: trazabilidad de cada concepto y su secuencia temporal.

Al registro mencionado se lo denomina Distributed ledger (libro mayor): es un registro digital compuesto de un software, incluyendo un código de algoritmos que conforman una base de datos inmutable representando transacciones que mediante la técnica de los blockchain se exponen secuencialmente. Cada una de las partes de dichas transacciones tiene una copia confiable de la misma. El distributed ledger puede tener alcance global (identificado con un Hash o número alfanumérico) libro de cuentas en los que los registros (los bloques) están enlazados y cifrados para proteger la seguridad y privacidad de las transacciones. Es, en otras palabras, una base de datos distribuida y segura (gracias al cifrado) que se puede aplicar a todo tipo de transacciones que no tienen por qué

62 https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=EPRS_IDA%282017%29581948

ser necesariamente económicas.

Ese registro puede ser administrado por una entidad confiable aceptable ab initio por las partes y se denomina permissioned ledger, mientras aquellos ledgers que dependen del consenso de cualquier participante que debe cumplir con los requisitos que se le piden para ingresar y ser aprobado se denominan permissionless.-

Blockchain, entonces, es una comunidad conformada por computadoras de cada participante, denominado nodo. Esa cadena de bloques tiene un requisito importante: debe haber varios usuarios (nodos) que se encarguen de verificar esas transacciones para validarlas y que así el bloque correspondiente a esa transacción (en cada bloque hay un gran número de transacciones que eso sí, es variable) se registre en ese gigantesco libro de cuentas.

La cadena de bloques, protege la privacidad de sus usuarios, pero a su vez habilita a controlar la trazabilidad de esas transacciones.

El propio diseño y funcionamiento de la Blockchain presenta una ventaja contundente, y por ejemplo verifica que cada unidad de valor (caso del bitcoin) solo se ha transferido una única vez, lo que evita el problema en la falsificación de la emisión de las cripto monedas, lo cual podría que reducir la confianza de los usuarios en esa moneda y también en la propia circulación de la misma.

Cuando se origina una transacción, los nodos de la red constatan la existencia de fondos suficientes en la cuenta de origen para llevar a cabo la transferencia de las criptomonedas. De tal forma que todos registran esa transacción, que se completa y pasa a integrar el bloque de transacciones. Las sucesivas transacciones que se completan se van incorporando a ese bloque, que tiene una capacidad limitada. Esta depende de la estructura de la Blokchain y del tamaño de cada transacción. Cuando al bloque no se le puede incorporar más transacciones, se lo valida o sella. A esa actividad se la denomina minería de bitcoin.

La minería consiste, entonces en la realización de una serie de complejos cálculos que requieren tiempo y energía, pero que deben ser resueltos con extrema rapidez. Por efecto del minado esos bloques quedan registrados de forma permanente en esa

Blockchain, y no pueden ser modificados sin que se alteren todos los bloques que están enlazados con él, una operación que además precisaría que una mayoría de los nodos la validen.

En la red peer two peer (P2P) los mineros reciben los avisos de las nuevas transacciones y las incorporan en un nuevo bloque creado a tal fin, pero lo hacen además en competencia con otros mineros, dado que el primero que logra crear un bloque válido y lo sella recibe bitcoins como recompensa. Esa descentralización logra la inalterabilidad de las transacciones, lo que permite que nadie modifique el sistema o cometa actos ilícitos para provecho propio o de terceros. El registro descentralizado se torna entonces inalterable, el control es multidireccional.

Cuando un minero encuentra una solución al problema criptográfico que representan los cálculos para cerrar un bloque, da aviso a todos los demás, que constatan dicho extremo e incorporan ese bloque a la Blockchain completa que tienen en sus computadoras.

Las Initital Coin Offerings (ICOs) y la Blockchain

Las Initial Coin Offerings o emisión inicial de criptomonedas, puede constituir una forma de financiación de un proyecto empresarial que en lugar de ofrecer las acciones societarias ofrece tokens virtuales, o lo que es lo mismo, nuevas critpodivisas. Las nuevas criptodivisas que de tal forma se originen tienen un valor relativo y vinculado o a su escasez y demanda, y están directamente asociadas al proyecto empresarial que las crea.

El funcionamiento es similar al de las ofertas públicas de acciones, pero a diferencia de dicha oferta pública que debe ser autorizada en nuestro País a través de la Comisión Nacional de Valores, en el caso de las criptomonedas la operación no tiene regulación alguna.

El componente especulativo es decisivo y el valor depende exclusivamente del mercado.

Las nuevas emisiones de criptomonedas se basan y usan de soporte otra cadena de bloques. La más utilizada es la de Ethereum por su versatilidad y por la facilidad que plantea esa plataforma.

"En cuanto a las ICOs, el pasado 4 de diciembre de 2017 la Comisión Nacional de Valores se ha expedido al respecto mediante un comunicado de prensa, definiéndolas como "ofertas iniciales de monedas virtuales o tokens" y advirtiendo al respecto lo siguiente (destacamos sólo la parte que a nuestro criterio resulta determinante): "Las ICOs, a la fecha, no son objeto de regulación específica por parte de esta CNV. No obstante ello, cabe señalar que bajo el marco de lo dispuesto por el cap. 6, tít. V, del Libro tercero del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 2º de la ley de Mercado de Capitales 26.831, dependiendo de las particularidades de cada caso y de cómo cada ICO es estructurado, podríamos encontrarnos ante valores negociables cuya emisión por oferta pública en la República Argentina debe ser materia de autorización por parte de esta Comisión; lo que implica el deber de cumplimiento de estrictos requisitos. En tales casos, de no solicitarse y no obtenerse autorización previa por parte de esta CNV, dichas ICOs serían consideradas como oferta pública no autorizada, lo que podría generar responsabilidades tanto administrativas como penales para los sujetos involucrados".

De la lectura de este comunicado deducimos que, aquello que interesa al regulador en este caso, no es tanto la denominación del acto (sea que se llame "ICO", "Token offering" o de otro modo), sino la realidad del mismo (es decir, si aquello que se emite puede calificar como "valor negociable" y si la oferta de los mismos puede calificar como "oferta pública" bajo los preceptos de la ley 26.831 de Mercado de Capitales). Si bien la CNV no brinda en su comunicado una definición precisa y exhaustiva de "moneda virtual" o de "token", del propio lenguaje utilizado por la CNV (así como de la definición de "moneda virtual" bajo la Resolución UIF 300/2014) y de la práctica de mercado, podría entenderse que un "token" es una representación virtual de derechos sobre cierto valor, activo u obligación (puede representar una moneda virtual, acciones o bonos de cierta compañía, derechos a recibir ciertos fondos, etc.), cuya oferta, venta y registro se anota en una blockchain o cadena de bloques virtual (siendo probablemente las blockchain de Bitcoin (para monedas virtuales) y de Ethereum (para tokens representativos de smart contracts más complejos que una moneda virtual) las más difundidas hasta

el momento).

Dicho esto, entendemos que cada ICO debe analizarse caso por caso, de acuerdo a su particularidad, a fin de determinar si el "token" que se emitirá en su caso puede calificar como "valor negociable" en los términos de la ley 26.831 (siendo determinantes para ello las condiciones de homogenización, fungibilidad, agrupamiento o emisión en serie y negociabilidad) y, de ser así, si su oferta puede calificar como "oferta pública", siguiendo para ello las definiciones de la ley y los antecedentes administrativos y judiciales en la materia. Si los tokens fueran regidos por ley argentina, deberá también prestarse atención al cap. 6 del tít. 5, Libro Tercero del Código Civil y Comercial en materia de títulos valores, en particular en lo referido a la libertad de creación y demás condiciones que pudieran afectar su emisión, oferta, registro, depósito y circulación"[63].

§ 1.1.4.4 Naturaleza jurídica de las criptomonedas

Para abordar la naturaleza jurídica de las criptomonedas en la Argentina, debemos partir de dos cuestiones: a) si son moneda y b) si las mismas están prohibidas.

En primer lugar, diremos que no son moneda toda vez que no puede estar librada a los particulares la facultad de emitirla, tal como ocurre con el bitcoin y el resto de las criptomonedas que son creadas por los "mineros" en el ecosistema virtual. En el mismo sentido, está expresamente vedado a los particulares la generación de monedas conforme lo dispone el Art. 75 inciso 6 de la Constitución Nacional que establece como una facultad exclusiva del Congreso Nacional "establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales".

Así, la autoridad monetaria en nuestro país es el Banco Central de la República Argentina. El Art. 30 de su Carta Orgánica (Ley 24.144 y modificatorias) dispone que "el Banco es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales,

63 Levi, Daniel. Marco legal de las actividades "fintech" en la Argentina. RDCO 290, 29/06/2018, 593 Cita Online: AR/DOC/3139/2018

ni las municipalidades, bancos u otras autoridades cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda”[64].

En consecuencia, y respondiendo a la primera cuestión planteada, concluimos sin lugar a dudas que en el ordenamiento jurídico argentino las criptomonedas no son moneda.

Ahora bien, en relación a la segunda cuestión, también partimos de nuestra Carta Magna, pero en su Art. 19, relativa a que todo lo que no está prohibido, está permitido. No existiendo ninguna norma que prohíba expresamente las criptomonedas, podemos afirmar que resulta plenamente válido su intercambio y la dación en pago de estas monedas virtuales en cumplimiento de una obligación, siempre y cuando ello sea pactado previamente por las partes, en uso del principio de autonomía de la voluntad.

En el conjunto de normas de todo tipo que regulan la vida en nuestro país, algunos organismos han hecho alusión a las criptomonedas. En efecto, la Unidad de Información Financiera (UIF) mediante la resolución Nº 300/14 adoptó una definición para las “monedas virtuales” y las considera como “…la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la 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…”

Tomando las figuras de “reserva de valor” o “medio de intercambio” podemos avanzar hacia una caracterización de las criptomonedas con las herramientas que el derecho argentino nos proporciona a la fecha. Partiendo pues de esa premisa podría considerarse a estos activos digitales como un bien inmaterial, susceptible de valor económico. Va de suyo que se diferencian claramente de las cosas por su nota típica, tal es la de ser digitales e intangibles, es decir, inmateriales. Así es como, por el juego de los Arts. 15 y 16 del Código Civil y Comercial de la Nación podemos encuadrar a las criptomonedas como un bien que integra el patrimonio de las

64 Situación legal de Bitcoin en Argentina. 10/10/2013 por Andrés Chomczyk. Elbitcoin.com. https://elbitcoin.org/situacion-legal-de-bitcoin-en-argentina/

personas.

Analizando la posibilidad de dar en pago de una obligación una cantidad determinada de criptomonedas, tal como sostiene Miguel E. Rubín en su artículo "Las criptomonedas vistas desde el derecho" (El Derecho. Diario Tomo 283, 07/06/2019), nadie está obligado a recibir criptomonedas si no se comprometió a ello por contrato.

Lógicamente, esa afirmación está directamente relacionada con el Art. 868 del Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor. Conforme sostiene Bueres en su Código Civil y Comercial comentado, "…se mantiene el concepto de identidad del objeto, por el cual el acreedor no se encuentra obligado a recibir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor. En sentido inverso, el deudor no tiene derecho a cumplir su obligación mediante una prestación distinta, cualquiera sea su valor…"[65]

A contrario sensu, si las partes pactan una obligación determinada y en pleno uso de la autonomía de la voluntad deciden que el deudor podrá cumplir la prestación a su cargo entregando una determinada cantidad de criptomonedas y convienen claramente cuál de las diferentes monedas virtuales constituirá el medio de pago, no existiría problema alguno en nuestro país, toda vez que se conserva el principio de identidad en el pago.

Por último, como las criptomonedas no son cosas, sino bienes, la entrega de una determinada cantidad de ellas de una persona a otra podrá realizarse mediante una cesión de derechos.[66]

Desde el punto de vista penal si la criptomoneda o criptodivisa o criptoactivo fuera una cosa, podria ser hurtada (Art. 162 del Cod. Penal) o robada.(Art. 164 del Cod. Penal).

Si fuera simplemente un derecho, quien se quedase en forma ilegitima con las criptodivisas cometería defraudación o en su caso

65 Código Civil y Comercial Comentado. Alberto Bueres, Tomo 1, Pag. 523. Ed. Hammurabi
66 Miguel E. Rubín en su artículo "Las criptomonedas vistas desde el derecho" (El Derecho. Diario Tomo 283, 07/06/2019

estafa. (Art 172 del Cod. Penal).

En consecuencia, el universo cripto se impone en el mundo, existiendo desde posturas que directamente prohíben estos activos digitales, hasta otras que van buscando la manera de reconocerles su importancia en la economía actual, con las precauciones debidas ya que el anonimato, el hecho de que la creación de las criptomonedas se encuentre en manos de todos y a la vez de nadie y al no contar con el respaldo de un Estado, hace que se enciendan luces de alarma que no deben ser desatendidas.

De lo expuesto, concluimos que en Argentina las criptomonedas no son moneda, ni dinero, ni títulos valores, pero tampoco están prohibidas, por lo cual pueden ser objeto de obligaciones o constituir el medio de pago cuando ha sido expresa y claramente pactado por las partes.

§ 1.1.4.5 Criptomonedas e impuestos

En nuestro país no hay ningún impuesto que grave a las criptomonedas per se. Lo cierto es que los negocios con criptomonedas existen en Argentina y por consecuencia podemos analizar cómo se encuadran en las leyes tributarias. Hoy en día sabemos que AFIP pretende gravarlas, pero no está claro cómo y con qué alcances se hará efectivo ese cobro.

En diciembre de 2017 el Congreso de la Nación aprobó la Ley 27.430 que trajo una reforma integral al sistema tributario argentino. Entre los grandes cambios, que empezaron a regir el 1 de enero de 2018, la nueva ley grava con el Impuesto a las Ganancias las rentas provenientes de las “monedas digitales”.

Más allá de entender qué comprende el término “monedas digitales”, la reforma incorporó un artículo a ley del **Impuesto a las Ganancias** por el cual la ganancia que obtengan las personas humanas por la venta o transferencia de monedas digitales que estén ubicadas en el país y sean emitidas en pesos con cláusula de ajuste está gravada a una tasa del 15% (Art. 63 CAPÍTULO II - IMPUESTO CEDULAR inc. b) y cuando sean emitidas en pesos pero sin cláusula de ajuste la tasa es del 5%. (Art. 63 CAPÍTULO II - IMPUESTO CEDULAR inc. a).

La Dra. Martina Caunedo, abogada experta en criptomonedas explicó, que claramente la ley fue redactada para otro tipo de bienes, como acciones o títulos y eso la convierte en letra muerta para las criptomonedas. En primer lugar, las criptomonedas no se emiten en ninguna moneda -aunque coticen generalmente en dólares- y, en segundo lugar, las criptomonedas no se comercian en ningún país en particular dado que, en general, su transferencia se registra en la plataforma blockchain que está en cada nodo de acceso por lo que no puede decirse que las criptomonedas estén ubicadas en Argentina.

Sólo podría decirse que las criptomonedas están ubicadas en el país si se las deposita en una billetera domiciliada en Argentina pero, aunque en ese caso se pueda identificar la ubicación de la moneda, igualmente no puede decirse que la criptomoneda está emitida en determinada moneda.

Es por todo ello que en la práctica la norma específica no podría aplicarse a las criptomonedas, lo que no quiere decir que las monedas digitales no estén gravadas de todos modos.

Cuando las monedas digitales estén depositadas en una billetera en Argentina la ganancia que se genere por su venta o transferencia está gravada sólo si el titular es habitualista en la compraventa de esas monedas. En ese caso, aplica la alícuota progresiva que puede ir desde el 5% al 35% de la ganancia. Si las monedas estuvieran depositadas en el exterior, la tasa del impuesto es fija y asciende al 15%, pero para estas monedas no se requiere ser habitualista por lo que cualquier persona que venda o transfiera monedas digitales en el exterior estará alcanzada por el impuesto aunque lo haga por única vez.

En resumen, si una persona que vive en el país es titular de criptomonedas depositadas en una billetera electrónica en Argentina sólo abonará el Impuesto a las Ganancias por vender o comerciar con este tipo de monedas en forma habitual. Si no negocia con esos valores habitualmente entonces el impuesto no resultará aplicable. Si esa misma persona es titular de criptomonedas depositadas en una billetera con domicilio en el exterior, la ganancia que

obtenga por la venta de esas monedas estará gravada al 15%.[67]

Se las considera como un activo financiero y se les otorga un tratamiento similar a los títulos públicos con cotización.

Las ganancias de la compraventa de monedas digitales serán de fuente argentina cuando el emisor, se encuentre en el sino serán de fuente extranjera. Art 7 de la LIG.

Las operaciones con criptomonedas tampoco están alcanzadas por el **IVA** puesto que, al ser un bien inmaterial, no encuadra en ninguna de las operaciones que grava ese impuesto. Sin perjuicio de que las comisiones y cargos que se paguen por este tipo de operaciones sí estarán gravadas. Únicamente si hay una venta de una cosa o la prestación de servicios u otro hecho gravado que resulte pagadero en esa especie, tal operación subyacente quedará alcanzada por ese impuesto.

En el **Impuesto sobre los Bienes Personales** no existe consenso respecto a que la tenencia de criptomonedas está exenta por ser un bien inmaterial. (art. 21, inc. d], ley 23.966) si bien están quienes se amparan en la exención prevista[68] Otros entienden que deben recibir el tratamiento previsto para "otros bienes" del art. 22, inc. f) de la ley y, por ende, tributarían este gravamen computando su "costo de adquisición, construcción o valor a la fecha de ingreso al patrimonio.[69]

Las transferencias de criptomonedas, en principio, no deben tributar el impuesto de sellos, salvo que estén vinculadas a actos o contratos previstos por los Códigos Fiscales respectivos como operación gravada.[70]

En cuanto al **impuesto a los Ingresos Brutos** (que es provincial)

67 https://www.infobae.com/una-abogada-experta-en-criptomonedas-explica-que-impuestos-hay-que-pagar-en-la-argentina/

68 Olivera, Dolores, Bitcoin son una opción de ahorro que, para los individuos, no paga impuestos, en https://www.cronista.com/economiapolitica/Bitcoin-son-una-opcion-de-ahorro-que-para-individuos-nopaga-impuestos-20170913-0024.html

69 Brandt, María I. - Castro, Daiana L., Una aproximación al tratamiento fiscal de las operaciones con bitcoins, Doctrina Tributaria, nº 37, año 2016, pág. 551.

70 El impuesto de sellos es provincial

hay que tener en cuenta dos factores fundamentales: a) que la persona física o que comercia con criptomoneda haga de ello su profesión habitual y b) que el servicio sea prestado físicamente desde la provincia respectiva. Por lo tanto, como resulta de la jurisprudencia de la Corte Suprema, las prestaciones de servicios por medio de internet llevadas a cabo desde el exterior no se encuentran gravadas por el referido impuesto.[71]

§ 1.1.4.6 Conclusión

Como ocurre en muchos ámbitos de la vida cotidiana, es la realidad quien impone el ritmo a las normas jurídicas, ya que aparece un hecho determinado, como puede ser la creación y uso de las criptomonedas en el mundo, y a raíz de eso se buscan soluciones jurídicas.

De esa manera, primero se trata de encuadrar la cuestión en el plexo normativo vigente, con los institutos con que se cuenta, para luego reconocer la necesidad cierta y concreta de avanzar en la sanción de una ley específica que regule la materia, como sucede con las criptomonedas. Así ha ocurrido en el mundo entero donde se encuentran desde posturas que las prohíben hasta legislaciones que en mayor o menor medida las reconocen con distintos alcances.

Como ha quedado claro del análisis expuesto es que en Argentina no existe legislación que las regule, pero sí diversas normas y resoluciones que las mencionan ya sea tangencialmente o no y que en general las tratan como activos financieros, como ocurre con la legislación tributaria.

En consecuencia, si bien aún no nos encontramos ante un uso masivo de las criptomonedas en nuestro país, lo cierto es que en un tiempo no muy lejano deberá resolverse el "dilema de su naturaleza jurídica" con la regulación legal adecuada.

71 Parada Larrosa, Federico, El impuesto sobre los ingresos brutos frente a los servicios intangibles prestados por residentes del exterior vía Internet. Análisis a partir del sustento territorial, en las II Jornadas de Derecho Tributario Provincial y Municipal, Buenos Aires, 2 y 3 de julio de 2015, en https://www.academia.edu/15488352/El_impuesto_sobre_los_ingresos_brutos_frente_a_los_servicios_intangibles_prestados_por_residentes_del_exterior_v%C3%ADa_Internet._An%C3%A1lisis_a_partir_del_sustento_territorial

§ 1.1.5 Los cheques electrónicos y la importancia de distinguir las características propias de la firma electrónica y la firma digital en la era de los ciberdelitos

Por Paola Lorena Bartolomé Alemán. Colegio de Abogados de Moreno- Gral. Rodríguez

PONENCIA

A fin de dotar de mayor seguridad al mercado y a las transacciones, se considera menester y recomendable, en la medida de las posibilidades, la utilización de la firma digital en la emisión de cheques electrónicos, dado que garantiza en la práctica, la autenticación, integridad, confidencialidad y no repudio del documento asociado a dicha firma digital, más allá de las cláusulas de un contrato de cuenta corriente bancaria, y con se logra disminuir aún más la litigiosidad.

§ 1.1.5.1 Postulado del trabajo

La Ley N° 25.506 de Firma Digital en su artículo 1° señala que tiene como objeto reconocer el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, señalando las características, diferencias y presunciones que las distinguen.

Por su parte, y a partir de la sanción de la Ley N° 27.444 y las modificaciones que introduce en la Ley N° 24.452, se incorpora en nuestro país la posibilidad de librar, avalar o endosar cheques comunes o de pago diferido electrónicos (inc. 6 art. 2° e inc. 9 art. 54 Ley N° 24.452).

Dado que la Ley N° 27.444 y las normas dictadas por la Autoridad de Aplicación – Banco Central de la República Argentina – utilizan en forma genérica el vocablo firma electrónica, y partiendo de la base que una firma digital es una firma electrónica pero no toda firma electrónica es una firma digital, consideramos importante efectuar algunas consideraciones de utilidad para analizar todas

aquellas cuestiones o vicisitudes que se pudieran presentar en la implementación y el desarrollo de los cheques electrónicos en la práctica, así como en su posible ejecución ante el incumplimiento del obligado.

Se intentará asimismo brindar un panorama amplio de la situación desde el punto de vista de las medidas de seguridad y métodos de encriptación que conllevan los distintos tipos de firma electrónica, así como algunas breves consideraciones sobre las nuevas técnicas delictivas en materia informática obligándonos como profesionales del derecho a estudiar en forma constante dado el exponencial avance tecnológico.

Ello nos brindará el apoyo necesario para mirar desde una nueva perspectiva el proceso de ejecución de esta nueva modalidad de cheques.

§ 1.1.5.2 Criptografía y cifrado. Ataques cibernéticos. Alcance del concepto de firma electrónica y firma digital. Diferencias y principales características

§ 1.1.5.2.1 Criptografía y cifrado. Ataques cibernéticos

Los cambios y avances tecnológicos crecen a pasos agigantados y nos obligan como profesionales del derecho a estudiar en forma continua, no sólo el ordenamiento jurídico y sus reformas – siempre un paso más atrás – sino también los propios avances que constituyen nuestra realidad y el contexto en el que se desarrollan las diversas actividades económicas.

Por ello, y a modo introductorio, parece importante escapar por unos instantes del mundo del derecho y adentrarnos brevemente en el universo tecnológico con la finalidad de comprender ciertos términos y conceptos que nos permitirán construir y desarrollar la idea del presente trabajo.

Según la Real Academia Española, la criptografía es el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático. Aportando una visión más específica, la criptografía es la creación de técnicas para el cifrado de datos, teniendo como objetivo conseguir la con-

fidencialidad de los mensajes.

Si la criptografía es la creación de mecanismos para cifrar datos, el criptoanálisis son los métodos para "romper" estos mecanismos y obtener la información. Una vez que nuestros datos han pasado un proceso criptográfico decimos que la información se encuentra cifrada.

El primer sistema criptográfico del que se tiene constancia es la Escítala[72]. Este sistema data del siglo V a.c. y era usado en Esparta, luego otros sistemas también fueron utilizados por Julio César. Los primeros sistemas de cifrados estuvieron ligados a campañas militares.

En la actualidad, la preservación de la integridad, el contenido y la seguridad del intercambio electrónico de datos (EDI)[73], y de los demás instrumentos o títulos valores electrónicos frente a los diversos ataques – ciberataques – se logrará a través del encriptado de estos, siendo fundamental para el desarrollo del comercio y los actos jurídicos en general.

Los datos en la actualidad resultan abrumantes, con tan sólo pensar que Google logra detectar y detener por día 18 millones de técnicas *phishing* en todo el mundo.

El *phishing* consiste en la captación ilegítima de datos para luego o bien cometer ciberdelitos (estafas a modo de ejemplo) o bien para comercializar dicha información en la *Deep Web*[74]. Debemos tener

72 El mismo consistía en dos varas del mismo grosor, una en poder del emisor y la otra del receptor. Cuando el emisor quería enviar un mensaje, éste, enrollaba una cinta en su vara y escribía el mensaje. De este modo al desenrollar la cinta el mensaje era ilegible. Al recibir el mensaje, el receptor enrollaba la cinta en su vara, y de ese modo podía leer el mensaje.

73 En inglés, *Electronic Data Interchange* o EDI, es la transmisión estructurada de datos entre organizaciones por medios electrónicos. Se usa para transferir documentos electrónicos o datos de negocios de un sistema computacional a otro. Facturas, órdenes de compra y otros documentos comerciales electrónicos pueden tramitarse directamente desde la computadora de la empresa emisora a la de la empresa receptora, con gran ahorro de tiempo y evitando muchos errores, propios de la comunicación tradicional «en papel»

74 Se entiende por Deep Web (internet profunda, internet invisible o internet oculta) el contenido de internet que no está indexado por los motores de búsqueda convencionales, debido a diversos factores. El término se atribuye al informá-

presente que en la actualidad los ciberdelitos a nivel mundial superan al tráfico de drogas.

Si bien los métodos de encriptación varían con el transcurso del tiempo, se puede inferir que los mismos se dirigen a la autenticación, integridad, confidencialidad y no repudio del documento asociado a una firma digital, (caracteres que según diversos autores son fundamentales para la génesis y la existencia de la firma digital, la transferencia electrónica de datos y el desarrollo del comercio electrónico).

Con la utilización de internet, su contenido comercial y la transmisión de datos sensibles, los peligros crecieron exponencialmente y por ello la necesidad de proteger los mismos.

Brevemente podemos decir que los ataques pueden ser clasificados en "pasivos" y "activos". Los primeros, se limitan a la observación de los mensajes y del intercambio de documentos.

Su objeto tiende a hacerse, apropiarse de la información transmitida, monitorean desde las sombras, y no afectan los recursos de los que intercambian información.

Por su parte, los ataques "activos" intentan modificar los recursos del sistema a los que van dirigidos, o bien a afectar su funcionamiento.

Se dirigen para modificar contenidos en documentos electrónicos que se transmiten entre dos personas ajenas a quien las ataca, para excluir o incluir contenidos de estos, o directamente crear inexistentes flujos de intercambio.

Pueden también existir formas mixtas de ataque, donde se capturan por ataques pasivos los datos para luego ser utilizados en un mensaje constituyendo entonces la creación de un ataque activo.

A partir de lo descripto precedentemente, podemos afirmar que resulta sumamente importante la necesidad de dotar de seguridad al intercambio electrónico de datos y los títulos valores electrónicos a través de métodos de encriptación que garanticen la autenti-

tico Mike Bergman. Es el opuesto al Internet superficial.

cación, integridad, confidencialidad y no repudio, todo lo cual nos lleva a recomendar la utilización de la firma digital, asegurando de este modo la continuidad de las operaciones comerciales electrónicas y brindando seguridad jurídica.

§ 1.1.5.2.2 Firma electrónica y firma digital.

Como hemos mencionado anteriormente, el desarrollo exponencial de las comunicaciones digitales, así también como el EDI y la posibilidad de emitir títulos de valores electrónicos (letras, pagarés o cheques), nos obligan a desarrollar previa y sucintamente los conceptos de firma electrónica y firma digital, analizar sus diferencias y características y efectuar el planteo que se nos presenta ante la escalada a nivel mundial de las ciberamenazas y ciberdelitos cometidos a diario.

Así las cosas, en el año 2001 se sanciona en nuestro país la Ley N° 25.506 cuyo objeto radica en reconocer el empleo de la firma electrónica y de la firma digital, así como su eficacia jurídica (art.1°)

Conforme el art. 2° de la norma mencionada, se entiende por *"firma digital"* al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma[75].

75 Según señala IGLESIAS, Viviana Marcela "Se realiza una combinación de números primos (números solamente divisibles por uno y por sí mismos) que deben pertenecer, ser elegidos y permanecer exclusivamente en conocimiento del generador de la clave. Este requisito es indispensable para la validez de la misma, ya que como se verá en otros artículos ante cualquier duda o evidencia de que dichos datos generadores de la clave pudieran ser conocidos por terceras personas se debe poner en conocimiento este extremo a la autoridad de aplicación quedando anulado entonces el certificado digital correspondiente. Utilizarán la Infraestructura de clave Pública - PKI, para asegurar su contenido, y su integridad. El manejo de una clave pública y una clave privada dificulta los ataques y protege los envíos. En cuanto al no repudio de los documentos, al partir de la

Por su parte, el art. 5 ° del mismo plexo normativo señala que se entiende por *"firma electrónica"* al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez[76].

De su lado, nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en el segundo párrafo del art. 288 indica que "…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".

La firma digital es conocida en los países europeos como firma electrónica avanzada, siendo en consecuencia una especie dentro de la firma electrónica (general).

Ello pues, en la firma digital encontramos tres características básicas que le brindan mayor seguridad a los instrumentos electrónicos:

certeza que la clave privada no ha sido revelada, el documento asociado corresponde al remitente. Así, la integridad, autenticidad y el no repudio de las firmas asociadas a los documentos, fundamentales para el desarrollo de las relaciones virtuales, responderá a dicho esquema. A partir de la clave generada se buscará entonces el no repudio, la integridad, la confidencialidad y que sea auténtica. Ante el atisbo de duda del conocimiento de la misma por terceros se deberá poner este extremo en conocimiento del certificador licenciado, quien tomará las medidas necesarias para restituir al sistema la seguridad necesaria". (IGLESIAS, Viviana Marcela "Tratado de Derecho Procesal Electrónico - Tomo II. Capítulo XV. Firma digital, Director: Camps Carlos E., Editorial Abeledo Perrot, versión ebook)

76 "En general la firma electrónica se encuentra determinada por defecto: una firma digital que carece de alguno de los elementos para ser considerada como tal no se deja de lado, no se aparta o se tiene por no escrita no considerándose inserta en el documento, pero resigna el valor probatorio dando paso a la firma electrónica. Este es un extremo fundamental toda vez que se invierte la carga de la prueba. Aquella persona que pretende invocar la validez de una firma electrónica tiene la carga de probar que la misma es válida. Las presunciones en derecho se originan en una ley general o especial, eximen de la carga de la prueba a quien este extremo favorece. Las presunciones pueden ser absolutas —iuris et de iure—, que son aquellas que no admiten prueba en contrario, o las presunciones iuris tantum, que pueden ser eliminadas mediante prueba en contrario" (IGLESIAS, Viviana Marcela,… ob. cit.)

1. Autenticación de origen (que se refiere a la identificación del firmante original)
2. No repudio (garantiza que el firmante no puede negar su autoría)
3. Integridad (demuestra que la firma no ha sido alterada ni se ha modificado el

Siguiendo con dicho lineamiento, observamos que la Ley N° 25.506 establece que la "firma digital" goza de una doble presunción *iuris tantum*:

a. Se presume que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7°);

b. si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma (art. 8°).

Ambas presunciones constituyen la denominada garantía de no repudio, que, según se observe hace que la firma digital a nivel mundial – incluso en nuestro país- supere sustancialmente a la firma ológrafa, tanto que se ha afirmado que en sus efectos propios en verdad se asimila a un instrumento público, pues las presunciones de autoría e integridad de los arts. 7° y 8° de la Ley N° 25.506 le otorgan plena fe hasta que se demuestre lo contrario.

En definitiva, y de sus propias características, podemos afirmar que se evidencia como necesario – o cuanto menos, recomendable - la utilización de la "firma digital" para otorgar mayor seguridad a los documentos electrónicos y consecuentemente a las diversas transacciones y operaciones comerciales a fin de evitar sean objeto de ataques.

Nos pareció importante realizar estas consideraciones previas, pues aún es común que los profesionales del derecho, incluso diversos plexos normativos, utilicen ambos términos - firma electrónica o firma digital- de manera indistinta, cuando en realidad se trata de conceptos distintos, con características y consecuencias jurídicas diversas, como mencionáramos anteriormente.

§ 1.1.5.3 Cheques electrónicos. Marco normativo y el pacto de no repudio establecido por el Banco Central de la República Argentina. Alcances

A partir de la sanción de la Ley N° 27.444 que introduce modificaciones a la Ley N° 24.452, entre otras – Ley N° 25.506, Decreto Ley de letra de cambio y pagaré 5965/1963 - y la Comunicación "A" 6578 del Banco Central de la República Argentina, nuestro país incorpora la posibilidad de librar, avalar o endosar cheques comunes o de pago diferido electrónicos, siempre que el requisito de la firma quede satisfecho utilizando "cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento" (inc. 6 art. 2° e inc. 9 art. 54 Ley N° 24.452).

A su vez, la norma establece que el Banco Central de la República Argentina autorizará el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques, en la medida que su implementación asegure confiabilidad de la operatoria de emisión y autenticación en su conjunto, de acuerdo con la reglamentación que el mismo determine.

La instrumentación electrónica de los cheques representa un indiscutible avance en la materia, frente a la masificación de los mercados bursátiles y la permanente evolución tecnológica que nos brinda medios y soportes informáticos cada vez más eficaces.

Se suma a ello todas las ventajas que el sistema genera, en tanto permite una simplificación de la operatoria de emisión, endoso, negociación a través de canales digitales; mayor cantidad de endosos, reducción de costos operativos, mayor seguridad y efectividad y reducción de motivos de rechazo, entre otros.

El Banco Central de la República Argentina, establece el modo en que el nuevo instrumento satisface las exigencias legales, indicando en la Comunicación A 6725 que "el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método electrónico que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento, la confiabilidad de la operación de emisión y su autenticación en su conjunto, siempre y cuando el mismo haya sido previamente aceptado por el titular de la cuenta

corriente mediante la suscripción de un acuerdo que establezca que no podrá desconocer las órdenes cursadas conforme dicho mecanismo y que las asumirá como propias".

Incorpora de este modo la autoridad de aplicación el denominado "pacto de no repudio".

Ahora bien, de la lectura del texto de la Ley N° 24.452 y de la Comunicación indicada anteriormente, observamos que para la firma de los cheques electrónicos podrá utilizarse "*cualquier método electrónico que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento*", derivándose de ello que se podrá utilizar la firma electrónica o la firma digital, que como mencionamos en el punto 2.2 del presente trabajo, son conceptos diversos con características de validación y eficacia distintas.

Ni la Ley N° 27.444 – modificatoria de la Ley N° 24.452 – ni la Comunicación del Banco Central de la República Argentina efectuaron dicha distinción, lo que genera confusión, máxime con el agregado por parte de la autoridad de aplicación de la obligación del cuentacorrentista interesado en utilizar cheques electrónicos de suscribir un pacto de no repudio, en un intento – entendemos – de equiparar la firma electrónica con la firma digital.

Sin embargo, la distinción entre ambas no se basa en las cláusulas contractuales que pudieran suscribir interesado y entidad financiera, sino más bien en una cuestión fáctica que radica en el tipo de firma – electrónica o digital – que se utilice y las características de seguridad de cada una, porque como ya hemos señalado la firma digital posee en sí misma el pacto de no repudio, por las peculiaridades propias del método de encriptación utilizado, dotando de mayor seguridad al mercado.

Corresponde reiterar que la firma digital es una especie de la firma electrónica, y se la conoce en otros países del mundo como firma electrónica avanzada.

En consecuencia, y ante el incumplimiento de pago de un cheque electrónico y la necesidad de promover su ejecución, la cuestión varía según estemos ante un cheque electrónico con firma digital o

un cheque electrónico con firma electrónica, y dicho proceso ejecutivo – así como las excepciones oponibles – deben ser considerado desde una nueva mirada y bajo los conceptos y presunciones que establece la Ley N° 25.506, más allá del pacto de no repudio al que se encuentra obligado a suscribir con la entidad financiera quien desee utilizar los cheques electrónicos.

En el primer supuesto – firma digital- serían de aplicación las presunciones *iuris tantum* contenidas en los arts. 7° y 8° de la Ley N° 25.506.

En el segundo supuesto – firma electrónica-, y más allá del pacto de no repudio de carácter obligatorio que establece la Comunicación A 6725, en caso de desconocimiento de la firma por parte del ejecutado, se deberá recurrir a pruebas informáticas para acreditar la validez, integridad, autenticidad del instrumento, máxime teniendo en consideración lo establecido por el art. 5° *in fine* de la Ley N° 25.506, siendo recomendable ofrecer dicha prueba de manera supletoria y para el caso de desconocimiento.

§ 1.1.5.4 Consideraciones finales

1. Si bien entendemos que el pacto de no repudio al que se refiere la Comunicación A 6725 del Banco Central de la República Argentina, pretendería asimilar la firma electrónica a la firma digital, y de ese modo brindar mayor seguridad al mercado y disminuir así la litigiosidad, cabe pensar que, más allá de lo que establezca la norma y el contrato de cuenta corriente bancaria, lo cierto es que la firma electrónica en la práctica no cuenta con las características de encriptado y seguridad que sí posee la firma digital, y con ello los bancos estarían poniendo en cabeza del librador la propia responsabilidad y obligación que poseen en materia de ciberseguridad.

2. Partiendo de la base que una firma digital es una firma electrónica, pero no toda firma electrónica es una firma digital, consideramos que el “pacto de no repudio” al que se encuentra obligado a suscribir el titular de una cuenta corriente para poder operar con cheques electrónicos, no le impediría oponer

la excepción de falsedad de título en un juicio ejecutivo, ante una violación por parte de terceros al sistema de ciberseguridad de la entidad financiera.

3. Con el mismo razonamiento, y en atención a las definiciones y características y presunciones emanadas de la Ley N° 25.506 en cuanto a la firma electrónica y firma digital, y dado que la Ley N° 24.452 se estaría refiriendo en principio al concepto más genérico, sería recomendable que aquel que pretenda cobrar judicialmente un cheque electrónico con firma electrónica, supletoriamente, y en el supuesto caso de desconocimiento de firma, ofrezca la prueba pericial informática.

4. Finalmente, y a fin de dotar de mayor seguridad al mercado y a las transacciones, se considera menester y recomendable, en la medida de las posibilidades, la utilización de la firma digital en la emisión de cheques electrónicos, dado que garantiza en la práctica, la autenticación, integridad, confidencialidad y no repudio del documento asociado a dicha firma digital, más allá de las cláusulas de un contrato de cuenta corriente bancaria, y con se logra disminuir aún más la litigiosidad.

§ 1.1.6 El *e cheq* ¿será el gran protagonista en tiempos de pandemia?

Por Dra. Marcela Fabiana Civallero. Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Desde el 1 de julio de 2019, ha entrado en vigencia el régimen del E cheq en nuestro país. No obstante, y habiendo transcurrido casi un año, su utilización no se había tornado masiva. En estos tiempos de pandemia y aislamiento social obligatorio, ¿se convertirá el cheque electrónico en un gran protagonista? El aislamiento social que provocó la Pandemia por el COVID-19 nos obligó a reformular hábitos y a usar todas las opciones disponibles para continuar con la operatoria comercial de manera remota, y es aquí donde cobra protagonismo el Echeq, cuyo uso que está creciendo de manera exponencial. No cabe duda que llegó para quedarse por las múltiples ventajas que representa en cuanto a rapidez y practicidad, sin olvidar los servicios que durante tanto tiempo nos ha prestado el "viejo cheque en papel", que reitero, sigue vigente.

§ 1.1.6.1 Introducción

El cheque es y ha sido desde siempre una herramienta que circula en forma masiva como instrumento de pago, no solamente entre comerciantes, sino también entre el público en general. La aparición del cheque electrónico permite una mayor agilidad en el sistema de circulación de dichos títulos, sumado ello al hecho de que se minimizan las causales de rechazo por defectos formales del instrumento.

El interrogante es si podrá este cheque electrónico disputarle protagonismo al "viejo cheque en papel", costumbre ya arraigada entre los comerciantes argentinos. O bien, si ese protagonismo lo irá adquiriendo por la fuerza de los hechos en estos tiempos de

aislamiento obligatorio y pandemia por el COVID- 19 que restringe al mínimo indispensable los encuentros personales.

§ 1.1.6.2 Desarrollo

El ECheq o "Cheque Electrónico" fue creado por el Art. 122 de la Ley 27444 (Ley de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación), que sustituye el inc. 6 del art. 2° del anexo I de la ley 24.452 y sus modificatorias, por el siguiente texto: "La firma del librador. Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento. El Banco Central de la República Argentina autorizará el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques, en la medida que su implementación asegure la confiabilidad de la operación de emisión y autenticación en su conjunto, de acuerdo con la reglamentación que el mismo determine."

Molina Sandoval nos dice que el cheque electrónico "…puede ser común o de pago diferido (lo que cambia es el formato de emisión), podría definirse como el título cambiario (de crédito) emitido electrónicamente por el librador que contiene una orden de pago, pura y simple, librada contra un banco (con el cual se tiene acordado pacto de cheque) para que pague a la vista (común) o a cierto tiempo (no mayor a trescientos sesenta días, de pago diferido), al beneficiario del documento electrónico, una suma determinada de dinero y que, en caso de ser rechazado, con las debidas constancias, otorgue acción cambiaria y ejecutiva contra libradores, endosantes o avalistas. Al igual que los cheques físicos, el librador debe tener fondos en la cuenta o autorización para girar en descubierto[77].

Por su parte, el Banco Central de la República Argentina, en su

77 Cheque electrónico (echeq): Pautas de armonización del régimen de cheque y del sistema de los títulos valores. Autor: Molina Sandoval, Carlos A. Publicado en: LA LEY 18/03/2020, 18/03/2020, Cita Online: AR/DOC/642/2020.

calidad de autoridad financiera, dictó la normativa pertinente (Comunicación A 6578 del 01/10/18 reglamentaria de los cheques generados por medios electrónicos) y así fue que pocos meses después, el 1 de julio de 2019, comenzó en Argentina la operatoria con ECheq, que circula por medios electrónicos, estando regulado en las Comunicaciones A 6725, 6726 y 6727, todas ellas del 28/06/2019.

Así es que sin perjuicio de que coexiste el cheque electrónico con el cheque en papel, atento las normas citadas se puede proceder a la desmaterialización de este título conforme lo establecen los Arts. 1820 y 1836 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Comunicación A Nº 6578 del BCRA, está dirigida en especial a las Cámaras Electrónicas de Compensación y demás integrantes del sistema financiero, con el objetivo de que adapten su infraestructura para que los clientes puedan depositar E cheq. Asimismo, se especifica que los cheques generados por medios electrónicos pueden ser comunes o de pago diferido, quedando satisfecho el requisito de la firma por cualquier medio electrónico que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento.

Cabe destacar que los usuarios que ya utilizaban la modalidad de "home banking" de las entidades financieras con las que venían operando, ya contaban con algún tipo de clave privada para acceder y realizar transferencias, pagos, etc. En este orden de ideas, los bancos deben garantizar la identidad del emisor del cheque electrónico, con la utilización de claves, coordenadas, tokens, entre otras.

Asimismo, y en la inteligencia de brindar seguridad al sistema, el cuentacorrentista tiene que otorgar "constancia de la aceptación de los elementos de seguridad destinados para ello, así como del compromiso de resguardarlos, y de reconocer y no repudiar todo echeq librado mediante el uso de esos elementos" todo ello mediante la suscripción de un acuerdo que establezca que no podrá desconocer las órdenes cursadas conforme ese mecanismo y que las asumirá como propias[78].

78 BCRA Comunicación A 6725 Reglamentación de Cuenta Corriente Bancaria (T.O. al 11/05/20 Comunicación A 7009).

De esta manera, todo el plexo normativo sobre los cheques electrónicos se encuentra orientado a brindar rapidez, eficiencia y confiabilidad a la operatoria, habida cuenta de que se reducen considerablemente las causales de rechazo en especial por vicios formales en su confección, ya que el sistema informático no permite continuar completando los campos si falta algún dato o presenta un error ostensible, tal la fecha, etc. En particular, también se reducen las causales de rechazo por desconocimiento en el libramiento del Echeq por su firma, ante la existencia del acuerdo impuesto por la reglamentación referida al compromiso de no repudio de los cheques electrónicos librados, asegurándose así la autenticidad y confiabilidad de la operación. Va de suyo que este acuerdo debe permitir al librador la facultad de desconocer los cheques electrónicos en caso de haber sufrido un "hackeo" en sus claves o un hurto de token siempre que el mismo estuviere contenido en un dispositivo externo, para estar protegido ante estas circunstancias siempre posibles, dada su calidad de usuario-consumidor de servicios bancarios, y su carácter de parte débil en la relación contractual con su entidad bancaria, destacando la calidad de experto del Banco en la materia y obligado por ello a brindar la mayor seguridad en el plano informático a sus clientes.

En relación al aspecto procesal, encontramos otro elemento a favor del uso del Echeq y es que se ha previsto en forma acertada la manera de ejecutarlo. Así, la Ley 27444, en su Art. 126 modificó el Art. 61 de la Ley de Cheques 24452 al disponer que el BCRA reglamentará la emisión de una certificación que permitirá el ejercicio de las acciones civiles en el caso de cheques generados y/o transmitidos por medio electrónicos.

En concordancia con ello, el BCRA mediante la Comunicación A 6727, dictada el 28/06/2019, con entrada en vigencia el 01/07/2019, crea la CERTIFICACIÓN PARA EJERCER ACCIONES CIVILES (CAC). La misma es una constancia en formato papel, emitida por el banco y firmada por dos funcionarios autorizados de la entidad con todas sus hojas inicializadas, la cual hará las veces de constancia del rechazo. Esa Certificación para ejercer Acciones Civiles, será presentada en el juicio ejecutivo que oportunamente promoverá un acreedor, por rechazo de un cheque electrónico, quedando

así en el aspecto procesal, totalmente equiparado al cheque en formato papel, salvando las dificultades que podrían presentarse con otro tipo de documentos electrónicos a la hora de presentarlos como prueba documental en un proceso judicial.

§ 1.1.6.3 En tiempos de pandemia y aislamiento obligatorio… el e cheq es el protagonista

Como he mencionado a lo largo del presente trabajo, desde el 1 de julio de 2019, el cheque electrónico estuvo listo para ser utilizado por los operadores del mercado y por el público bancarizado en general, configurando una herramienta ágil y práctica, respaldada por toda la normativa ya analizada que le brinda eficacia en su funcionamiento y seguridad al momento de tener que plantear un eventual juicio ejecutivo.

Los tiempos se aceleraron con la situación mundial de la pandemia causada por el COVID-19 y las medidas de aislamiento preventivo, social y obligatorio dictadas en nuestro país.

Por un lado, quienes deseaban realizar pagos mediante el libramiento de cheques, encontraron en el Echeq la manera de hacerlo desde la banca electrónica.

Por otro lado, el Echeq se presenta como una herramienta atractiva para que las Pymes golpeadas por el impacto económico de las medidas adoptadas a causa de la pandemia que en muchísimos casos les impide trabajar, obtengan financiación en el mercado de capitales a tasas bajas. Así, pueden negociar en el Mercado de Valores cheques electrónicos de pago diferido, utilizando en muchos casos la figura del "descuento" o la subasta de esos cheques electrónicos.

En este escenario, hace su aparición el Echeq en el ecosistema financiero y el 6 de marzo de 2020 se negoció el primer Echeq en el Mercado Argentino de Valores (MAV)[79]. A partir de ese momen-

79 Recuperado de: www.bankmagazine.com.ar/el-echeq-ya-se-negocia-en-mav-para-financiar-a-las-pymes-argentinas/ edición 11/03/20 "Se operó en el Mercado Argentino de Valores el primer Echeq. La negociación de cheque electrónico en el Mercado de Capitales estuvo a cargo del Agente Tarallo S.A., por un monto

to y empujado por el aislamiento obligatorio, el uso del cheque electrónico no ha dejado de crecer, haciéndolo de manera exponencial.

En efecto, el Echeq se ha convertido en una de las principales fuentes de financiamiento de las Pymes, que lo negocian en el Mercado Argentino de Valores para obtener fondos a tasas atractivas. Como informa ElEconomista.com en su edición del 9 de abril de 2020, una de las principales Sociedades de Garantía Recíproca, negoció alrededor de 100 cheques electrónicos por montos que alcanzan los 50 millones de pesos.

Con ese despegue, considerando los meses de marzo y abril de 2020, la cantidad de echeq en el mercado de capitales sigue incrementándose a un ritmo constante y acelerado, siendo negociados por las Sociedades de Garantía Recíproca.

§ 1.1.6.4 Conclusión

Desde el 1 de julio de 2019 el cheque electrónico cuenta con todo el marco legal necesario para presentarse como una opción ágil, rápida y atractiva para el público bancarizado. Asimismo, debemos tener en cuenta que en caso de rechazo tanto la Ley de Cheques como la Comunicación A 6727 del BCRA brindan el instrumento necesario en formato papel para ser presentado en calidad de título ejecutivo en el proceso que se deba iniciar para perseguir su cobro. Por lo tanto, a mi entender, no tiene fisuras como ocurriría con el pagaré electrónico o con otro tipo de documentos electrónicos que presentan dificultades prácticas al momento de ser incorporados como prueba en un juicio.

A pesar de ello, durante el segundo semestre de 2019, no tuvo el impacto en el mercado que podría haberse esperado, tal vez por la fuerza de la costumbre del público en general, que prefería seguir utilizando “el viejo y querido cheque en papel”. El aislamiento social que provocó la Pandemia por el COVID-19 nos obligó a reformular hábitos y a usar todas las opciones disponibles para

de $10.000, a un plazo de 71 días y una tasa del 27%. La operación se efectuó en el segmento avalado a través de la SGR Acindar Pyme.”

continuar con la operatoria comercial de manera remota, y es aquí donde cobra protagonismo el Echeq, cuyo uso que está creciendo de manera exponencial. No cabe duda que llegó para quedarse por las múltiples ventajas que representa en cuanto a rapidez y practicidad, sin olvidar los servicios que durante tanto tiempo nos ha prestado el "viejo cheque en papel", que reitero, sigue vigente.

§ 1.1.7 ¿El cheque electrónico es un título ejecutivo?

Por Gabriela Natalia Camicha. Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

A la luz de las disposiciones que rigen estos especiales títulos, y considerando las características del soporte que los contiene, entendemos que los ECHEQ o cheques electrónicos no son títulos ejecutivos por sí mismos.

§ 1.1.7.1 Introducción

La desmaterialización o despapelización de los títulos valores no es novedad, es un fenómeno que viene produciéndose en el derecho comparado desde finales del siglo XIX; sin embargo, nuestra legislación receptó formalmente este fenómeno con la unificación de los códigos civil y comercial a partir del año 2015.

En un primer momento, lo que se denominó crisis cartular, generó el debate si estos nuevos títulos participaban o no de los principios que regían a aquellos en soporte papel. Actualmente la doctrina es pacífica en admitir que el régimen jurídico de la emisión, circulación y ejercicio del derecho, cualquiera sea su soporte, es similar[80].

Ahora bien, en cuanto al proceso a seguir ante el rechazo del pago de un cheque electrónico para reclamar por vía judicial, a la luz de las disposiciones que rigen estos especiales títulos, reglamentadas por su autoridad de aplicación como es el Banco Central de la República Argentina (BCRA), llevó a que esta parte se preguntara ¿Es el cheque electrónico un título ejecutivo?

A continuación, intentaremos dar una respuesta.

80 Villegas, Carlos Gilberto "Títulos Valores y Valores Negociables" Ed. La Ley 2004. Pág. 38, 336.763 V714 CPACF

§ 1.1.7.1.1 De los principios que rigen los títulos valores cartulares – crisis - desmaterialización

Vivante definía al título de crédito como "*Documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él se menciona*", dicha definición alude al "documento" como un elemento "físico".

Así eran creados en un principio, hasta que - a grandes rasgos -, ciertos títulos comenzaron a ser representados colectivamente y luego se pasó a un sistema de anotaciones en cuenta inscriptas en un registro informático, profundizando la crisis del concepto.

Este fenómeno es receptado por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, a partir de la unificación que comenzó a regir en agosto de 2015. Se ubica en el Título V, Capítulo 6, Sección 1 Disposiciones Generales, art. 1815 "*Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo…*" Al tratarse de una disposición general, abarca tanto a los títulos cartulares como aquellos que no lo son.

Por otro lado, si observamos la sección 2 en referencia a los mencionados por la definición del doctrinario aludido, encontramos los principios de "necesidad" (art. 1830) y de "literalidad" (art. 1831). Por el principio de necesidad, el ejercicio de los derechos contenidos en los títulos valores debe hacerse valer exhibiendo el título, y el alcance y las modalidades de ese derecho van a estar dadas por el tenor literal del documento.

En cambio, en el supuesto de los títulos no cartulares, como el caso de los *ECHEQ* - tema que nos ocupa en esta ponencia -, se van a regir por la sección 3 del mencionado capítulo y código, en donde no se hallan normas que hagan referencia a dicha necesidad y literalidad, y ello es comprensible en razón de que el título original no podrá ser exhibido como tal.

En ese sentido, más allá de lo que se expuso en el introito respecto a que la doctrina es pacífica en admitir que se aplican los mismos principios a ambos tipos de títulos, al no tenerlo físicamente como tal para hacerlo valer judicialmente ante la falta de pago, nos lleva a pensar preliminarmente que, no sería título ejecutivo por

sí mismo.

Para entender el porqué de tal afirmación, debemos analizar el medio en el que se encuentra plasmado el derecho que se pretende ejecutar.

§ 1.1.7.1.2 Soporte de los documentos electrónicos / cheques

El uso de la informática está ampliamente extendido en el ámbito comercial para la concertación de actos jurídicos, ya que a través de ese medio se agilizan las comunicaciones y se obtiene celeridad en sus operaciones, lo cual adquirió mayor importancia en el tiempo de pandemia y cuarentena que estamos viviendo.

En este punto, es el soporte lo que diferencia a los títulos valores cartulares de los no cartulares, es decir, el "continente" del derecho que se pretende hacer valer, que en los últimos decimos que se encuentran en un documento "electrónico" o para algunos "digital / informático".

El documento electrónico se lo define como "*la representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptibles de ser representados en una forma humanamente comprensibles*" que "*se caracterizan porque sólo pueden ser leídos o conocidos por el hombre gracias a la intervención de sistemas o dispositivos traductores que hacen comprensibles las señales digitales.*"[81]

Por otro lado, los documentos "digitales o informáticos" son "*aquellos que están escritos en lenguaje binario en un soporte adecuado para ser leído por el computador por medio del cual son traducidos a lenguaje natural y así son hechos comprensibles*" una expresión algo más amplia, que comprende tanto medios magnéticos como ópticos[82].

81 Mantilla Rueda David. Cita a Rincón Cárdenas, 2006, p. 41 en "La declaración electrónica y el título ejecutivo dentro del proceso de cobro activo" Año 2016. uexternado.edu.co / Google Scholar, página visitada el 8/6/2020.
82 Botero Campo JC cita a Diego Simó Sevilla en "Admisibilidad del título valor electrónico en la legislación colombiana" Año 2013. upb.edu.co / Google Scholar, página visitada el 8/6/2020.

De una u otra forma, se puede observar que el documento original no es comprensible para el entendimiento humano, hasta tanto se produzca la intervención del medio en el que se encuentra y ello nos lleva a expresar que, si el documento esta intervenido para su comprensión deja de ser por sí cierto e indiscutible, como veremos deben ser los títulos ejecutivos.

Es decir, es posible que al momento de la creación de un documento electrónico se utilice determinada aplicación que sea diferente a la utilizada para su recuperación, como cuando se lo imprime, lo cual implica una separación entre el medio que se registró originalmente y el medio posteriormente utilizado, modificándolo.

El cheque que se emite electrónicamente, desde el vamos carece de soporte papel, y se le aplica lo expresado ut-supra.

Entonces, si bien dijimos en el apartado anterior que, cualquiera sea el soporte del título valor va a ser igual la capacidad de representación del derecho, - se rigen ambos por los mismos principios -, no podemos sostener ello en cuanto a la forma de hacerlo valer judicialmente ante su falta de cumplimiento, por la posible alteración al intentar recuperarlo fuera del medio en el que se creó.

§ 1.1.7.1.3 Disposiciones que rigen al cheque electrónico o *ECHEQ*

El cheque electrónico o *ECHEQ* fue introducido en nuestra legislación por el Decreto 27/18, ratificado, en lo que hace a esta temática, por la ley 27.444 denominada de Simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación.

Dicha normativa modificó la ley 24.452 introduciendo en varios artículos la siguiente expresión "*Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad … y la integridad del instrumento.*" "*El Banco Central de la República Argentina autorizará el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques, en la medida que su implementación asegure la confiabilidad de la operación de emisión y autenticación*

en su conjunto, de acuerdo con la reglamentación que el mismo determine"[83].

Asimismo, en el art. 61 último párrafo se agrega "*El Banco Central de la República Argentina reglamentará la emisión de una certificación que permitirá el ejercicio de las acciones civiles en el caso de cheques generados y/o transmitidos por medios electrónicos.*"

La autoridad de aplicación, esto es el Banco Central de la República Argentina (BCRA) lo reglamentó a través de la Comunicación A 6578 que, si bien mantiene el sistema de cheque como valor cartular, permite la desmaterialización del título en línea con lo indicado por los artículos 1820 y 1836 del C.C.C.

Con fecha 28/6/2019 el BCRA dictó las Comunicaciones A6725, 6726, y 6727 que complementan la regulación precedente, reglamentando la cuenta corriente, e incorporando a las normas sobre "Sistema Nacional de Pagos – Cheques y otros instrumentos compensables" la "Certificación para ejercer acciones civiles" (CAC).

La expedición de dicha certificación, que debe cumplir con los requisitos exigidos por la Comunicación A6727 y que cuenta con un "código de visualización" para verificar la información a través de una página de internet, bloquea el registro del ECHEQ en el sistema de almacenamiento, en consonancia con el art. 1851 inc., a) del C.C.C.

Una vez puesto a punto el sistema, más precisamente a partir del 1 de julio de 2019, siendo Compensadora Electrónica S.A. (COELSA) la administradora del sistema de almacenamiento de los *ECHEQ,* comenzó a regir éste con las mismas funcionalidades que el físico.

§ 1.1.7.1.4 Características de los títulos ejecutivos

Cuando una cosa es cierta e indiscutible, ante su incumplimiento se puede interponer una acción ejecutiva, ello pasa con los títulos valores cartulares que sin lugar a dudas contienen un derecho con las características mencionadas y por ende son títulos ejecutivos.

83 Ley 24.452 Art. 2 inc. 6, primer párrafo art. 14, primer párrafo del art 52, art. 54 inc. 9.

El título ejecutivo es aquel que trae aparejada ejecución y por el cual se demanda una obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables, ello en los términos de nuestros códigos de rito, artículos 521 del CPCC y 523 del CPCCN.

Pero insisto ¿Qué pasa con los cheques electrónicos?, cuyo soporte no es físico y para hacerlo valer no alcanza con el documento electrónico, en los términos definidos precedentemente; por cuanto se sostiene que "*el documento original no es lo que se ve en la pantalla ni en las copias que se puedan imprimir sino la base magnética modificada por los impulsos electrónicos.*"[84]

Luego, el mismo código procesal determina cuales son títulos ejecutivos y dentro de ellos, en el inc. 5 puntualmente, encontramos a "*La letra de cambio, factura conformada, vale o pagaré, el cheque y la constancia del saldo deudor de cuenta corriente bancaria, cuando tuvieren fuerza ejecutiva de conformidad con las disposiciones del código de Comercio o ley especial.*"

Si bien la norma transcripta no distingue soporte cuando menciona a los cheques, la realidad es que la distinción se encuentra en el art. 61 de la ley 24.522 en la que se indica que el BCRA "*reglamentará la emisión de una certificación que permitirá el ejercicio de las acciones civiles en el caso de cheques generados y/o transmitidos por medios electrónicos*".

En dicha certificación consta la totalidad de los datos que surgen del sistema, la fecha y hora de emisión del certificado y un código de visualización para acceder al mismo y verificar su validez. Además, debe contener la firma de dos funcionarios representantes de la entidad financiera emisora. Para ver su contenido y formato, remito al Anexo I "Boletín CIMPRA 521, que se acompaña al presente.

En definitiva, claramente no es título ejecutivo en sí mismo, pero podría considerarse que se trata de lo que algunos autores denominan título ejecutivo "integrado", ya que para su ejecución requieren de un instrumento que acredite la verosimilitud de lo plasmado electrónicamente[85].

84 Mantilla Rueda David. Cita a Guzmán 1999, p. 122 en "La declaración electrónica y el título ejecutivo dentro del proceso de cobro activo" Ob. cit.
85 Anta, Carlos Alberto "Títulos ejecutivos integrados. El caso de las Obligaciones

Ello puede deducirse de la Comunicación A 6727 cuando determina que, al expedirse el certificado correspondiente, como ya se dijo, queda bloqueado el ECHEQ a fin de evitar que se produzcan actos de disposición por su titular.

En ese orden de ideas, cabe considerar que si tal certificado careciera de los requisitos básicos determinados por la reglamentación o no coincidiera con lo que surge del sistema, resultaría inhábil para llevar adelante el proceso ejecutivo.

§ 1.1.7.2 Conclusión

En base a lo expresado, podemos decir que no nos basta con una copia del *ECHEQ* reflejado informáticamente para su ejecución, ya que la impresión que obtengamos del sistema será una copia simple y no el título en sí, atento a que aquel es intervenido por el medio en el que se encuentra para ser comprensible.

No obstante, es posible la ejecución del derecho contenido en el *ECHEQ,* a través del Certificado de Acciones Civiles emitido bancariamente, conforme art. 1851 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación y los arts. 521 del CPCC y 523 del CPCCN, inc. 7 que establecen que traen aparejada ejecución "*Los demás títulos que tuvieren fuerza ejecutiva por ley y no estén sujetos a un procedimiento especial*".

Ello conlleva a que, si dicho certificado carece de los requisitos básicos que establece la reglamentación, o el mismo no coincide con lo que surge del sistema en el que se encuentra el título original, será inhábil para llevar adelante un proceso ejecutivo.

En consecuencia, queda claro que el cheque electrónico no es título ejecutivo por sí mismo.

---

negociables y el actual derecho procesal" Publicado en el Suplemento de Derecho Procesal, elDial.com. Biblioteca Jurídica On Line, Editorial Albremática, 22 de octubre de 2007. En igual sentido, Palacio Lino Enrique. "Manual de Derecho Procesal Civil. T° II, Séptima Edición. Ed. Abeledo Perrot. Año 1988. "*Mientras algunos títulos enumerados por la ley, como los instrumentos públicos y los papeles de comercio traen aparejada ejecución por sí mismos (títulos completos), los restantes requieren ser complementados o perfeccionados, y aun formados, mediante el cumplimiento de ciertos trámites previos a la apertura del juicio ejecutivo.*" Pág. 227.

§ 1.1.8 La paradoja de la papelización y la habilidad ejecutiva indirecta en el régimen de los Echeq

Por Pablo E. Arenas[86]. Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

El *Echeq* no constituye, en su actual reglamentación, un título ejecutivo que por sí mismo habilite la instancia ejecutiva, pues debe necesariamente materializarse en una certificación con soporte papel. Ahora bien, si la normativa avanzara en el sentido de habilitar la ejecutividad directa del Echeq, pudiendo incluso el mismo permanecer en formato digital, deberá contemplarse, como requisito de existencia de la obligación cambiaria válida, en los términos del Art. 288 del CCCN, la "firma digital" como único procedimiento electrónico de manifestación de la voluntad compatible con el proceso ejecutivo, desechando la "firma electrónica", pues, constituyendo en ese caso un mero medio de prueba, cualquier ámbito probatorio adicional para validar el instrumento y asegurar su autoría, no resulta compatible con el proceso ejecutivo, y en consecuencia, debería instarse un proceso de conocimiento.

§ 1.1.8.1 Introducción

La nueva normalidad impuesta por el COVID-19 aparenta dejar perdurables marcas en la comunidad, en nuestro derecho, y también en la forma de hacer negocios.

Las herramientas electrónicas y digitales han hecho posible, desde el dictado de clases hasta la celebración de cumpleaños

86 El autor es Abogado egresado de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Comercial del CALP. Jefe de Trabajos Prácticos de la Materia Sociedades Comerciales de la UDE-La Plata, Adscripto en Derecho II de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP, y Adscripto en Derecho Comercial II de la Facultad de Cs. Jurídicas y sociales de la UNLP. Actualmente maestrando en la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral.

en medio del aislamiento social preventivo y obligatorio. También la circulación de la riqueza y la concesión de crédito, tanto a empresas como a consumidores.

Sin embargo, tanta virtualidad no siempre trae consigo bonanza, sino que la repentina, masiva, e improvisada implementación de la tecnología puede traer consigo algunos inconvenientes desde el punto de vista técnico-jurídico.

§ 1.1.8.2 El *Echeq*, las firmas posibles y las dudas sobre su habilidad ejecutiva, e incluso su existencia como título valor

Ante la necesidad de buscar fuentes de financiamiento alternativas en este contexto de emergencia generada por el COVID-19, irrumpieron con más fuerza que nunca los Echeqs o cheques electrónicos.

Su utilización se masificó, siendo reflejado ello en numerosos portales de noticias, y también en el aumento de consultas y solicitudes de asesoramiento sobre su régimen jurídico.

Al escenario atractivo para las MiPyMES, ya que permite su negociación en el Mercado de Capitales a través del aval de sociedades de garantía recíproca constituyendo un medio de financiación alternativo al financiamiento bancario (incluso con menores costos y mejores tasas), se sumó el hecho coyuntural del cierre de bancos durante las primeras semanas del ASPO.

Ahora bien, sin perjuicio de los evidentes beneficios que la virtualidad y la tecnología han facilitado, no podemos dejar de advertir algunas cuestiones técnicas que pueden condicionar seriamente la seguridad jurídica de los Echeq.

En su presentación se los ha asociado directamente con los cheques papel, e incluso, se los ha incorporado en la Ley 24.452 pretendiendo asimilarlos de forma completa y homogénea.

Sin embargo, presenta algunos matices diferenciales que merecen su estudio.

Como principal virtud y ventaja por sobre otros instrumentos, y

esencialmente el cheque papel, se ha expuesto que la utilización del Echeqpermite su creación, negociación, y presentación al cobro de forma electrónica, circunstancia esencial en los tiempos que corren, y seguramente, también en los que vendrán.

Por otra parte, la generación del instrumento mediante medios electrónicos reduce considerablemente los supuestos de "defectos formales" del cheque, sus causales de rechazo e invalidez, tales como defectos por falta de conformidad de recepción de chequeras, libramiento en fórmulas no autorizadas, diferencia de firma, e incluso supone la eliminación del supuesto de "inexistencia" contemplado en el Art. 29 de la Ley 24.452.

Sin embargo, toda esta pirámide de beneficios se asienta sobre una base que puede presentar serias grietas en su integridad jurídica: la firma.

Sea del autor, endosantes, o avalistas, la base del sistema cambiario se estructura sobre una manifestación de voluntad unilateral y no recepticia.

Ahora bien, se ha destacado con acierto que no es posible asimilar los conceptos de firma digital y firma electrónica[87].

Sin embargo, y pese a las claras disposiciones del la Ley 25.506 en materia de firma digital, la reglamentación específica en la materia goza de una imprecisión y vaguedad preocupantes.

La Ley 27.444 al modificar la Ley de Cheques incorpora como requisito la utilización de *"cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad del librador y la integridad del instrumento"*, criterio seguido luego por las sucesivas reglamentaciones dictadas por el BCRA (Comunicaciones "A" 6725, "A" 6726 y "A" 6727, del 28/6/2019, y stes.).

De lo expuesto se advierte, y lo han advertido otros autores también, que no se requiere la adopción estricta del régimen de firma digital, dejando ello a instancia discrecional de las entidades bancarias administradoras del sistema, quienes podrán optar entre la

87 MARSALA, Eduardo A, "La validez de la firma digital", publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Tomo XXXI, ERREPAR, Mayo, 2019.

utilización de un sistema de firma electrónica, o la validación de un sistema de firma digital[88].

Esto no solo deja en disparidad de condiciones a los beneficiarios de tales instrumentos frente a un eventual incumplimiento en el pago del cheque electrónico desde un aspecto probatorio, como se ha señalado[89], sino que puede derivar en la inhabilidad ejecutiva del Echeq suscriptos con "firma electrónica", y aún más, en su lisa y llana inexistencia como títulos ejecutivos autosuficientes, para pasar a ser un mero elemento probatorio, debiendo acudirse con numerosa prueba en su apoyo.

Pero como no todo en el derecho es lineal, la claridad de la Ley de Firma Digital, debe ser interpretada a la luz del Art. 288del Código Civil y Comercial de la Nación sancionado con posterioridad y el cual expresa: *"En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital"*, pero a renglón seguido y coma de por medio agrega: "*que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento*".

Y con ello, en vez de aclarar, oscureció.

Existen al respecto interpretaciones enfrentadas, unas mas amplias que sostienen la convivencia de ambos regímenes (Ley 25.506 y CCCN) y otras mas restrictivas que predican la derogación de la noción del "firma electrónica" del Art. 5 de la Ley de Firma Digital y pretenden con ello equiparar ambos conceptos.

Por su parte, la jurisprudencia se ha inclinado por sostener la diferencia de "firmas", sin equiparación alguna, y en lo fundamental, sin admitir aptitud ejecutiva a los documentos digitales suscriptos con firma electrónica.

Así se ha manifestado recientemente que *"el segundo párrafo del art. 288 CCCN se refiere, únicamente, a la firma digital al equi-*

88 RICHARD, Efraín H. - ZUNINO, Jorge O., "Régimen de cheques. Ley 24.452", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 54.

89 MICELLI, María Indiana - MOIA, Ángel L., "Los cheques electrónicos: recaudos, alternativas y funcionamiento del nuevo "echeq"". Publicado en: LA LEY 01/03/2019, 01/03/2019, 1 - LA LEY2019-A, 939 - Enfoques 2019 (mayo), 31/05/2019, 93. Cita Online: AR/DOC/442/2019

parar sus efectos a la firma ológrafa; careciendo dicha norma de toda mención respecto de los alcances de la firma electrónica, por lo tanto se encuentra vedada la posibilidad de acudir al procedimiento preparatorio, al que se refiere el art. 525 CPCCN y ss; y esto autoriza a desestimar la ejecución intentada"[90].

Expresándose también, en otro precedente, que *"(l)a firma digital y la firma electrónica son nociones que, legalmente, deben distinguirse, pues solo en elprimer caso recaería sobre la firma así concebida la presunción iuris tantum de autoría e integridad (arts. 7° y 8°de la ley 25.506) que, a su vez y de conformidad con el art. 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, habilitaría atener por satisfecho el requisito de la firma y, por lo tanto, ponernos ante un instrumento privado (art. 287primer párrafo, Cód. Civ. y Com. de la Nación)"*[91].

En rigor, ni aptitud ejecutiva propia, ni posibilidad de intentar la preparación de la vía ejecutiva.

Al mismo tiempo, razonables cuestionamientos pueden formularse respecto la existencia y validez de los distintos vínculos obligacionales autónomos insertos en los Echeq por medio de firmas electrónicas, pues en tal caso y según las disposiciones de los Arts. 286, 287 y 288 del CCCN, estos deben encuadrarse bajo la órbita de los documentos privados no firmados.

Sin cuestionar la validez que como instrumento probatorio pudiera tener un documento digital en tales condiciones, considerando el régimen establecido por el CCCN para los instrumentos particulares "no firmados"[92], lo cierto es que la teoría de los títulos valores se estructura sobre la aptitud constitutiva-dispositiva del instrumento,

90 Autos "Wenance S.A. c. Melgarejo, Sandra Isabel s/ Ejecutivo" del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 24 (JNCom)(Nro24). Dictado en Fecha: 13/02/2020. Cita Online: AR/JUR/134/2020

91 Autos "Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo" de trámite por ante el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 23(JNCom)(Nro23). Dictado en fecha: 14/02/2020. Publicado en: RCCyC 2020 (abril), 01/04/2020, 47. Cita Online: AR/JUR/135/2020.

92 VELTANI, J. Darío, "La pretensión informática en el Código Civil y Comercial". Publicado en: RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 68. Cita Online: AR/DOC/2488/2015.

sea este, papel o digital[93].

De allí que pueda válidamente sostenerse la inexistencia de obligación cambiaria válida en los instrumentos suscriptos mediante firma electrónica, como así también, la imposibilidad de acudir a los mecanismos procesales de ejecución directa o preparación de la vía ejecutiva.

§ 1.1.8.3 La paradoja de la papelización y la habilidad ejecutiva indirecta en el régimen de los *Echeq*.

Curiosamente, el mundo de los derechos creditorios, inmaterial en esencia por su propia naturaleza, se materializó por acción de los comerciantes del medioevo para permitir la circulación de la riqueza asimilando los derechos creditorios a las cosas y su régimen de circulación. Allí nacieron y se desarrollaron los "cartulares".

Muchos siglos después, y consolidada la teoría de la incorporación, los derechos creditorios volvieron a inmaterializarse, aunque sin desprenderse de la noción de un "instrumento" continente (en este caso digital) como representación de un derecho creditorio objetivado e incorporado en él.

Sin embargo, la paradoja final se completa con la "Certificación para ejercer Acciones Civiles" (CAC) prevista en la Comunicación A 6727/2019 del BCRA, por la cual, aquel derecho inmaterial, que por la teoría general de los títulos de crédito resultara incorporado en un documento material, y que en la actualidad se inmaterializara a partir de los "títulos valores no cartulares", resulta, finalmente, bajo la reglamentación dictada por el BCRA para el Echeq, papelizado, materializado, en un nuevo instrumento necesariamente emitido en soporte papel que incorpora en él titulo inmaterial, y permite con ello el ejercicio de acciones frente al incumplimiento.

Pareciera un juego de palabras sin mayor trascendencia, sin

93 AICEGA, María Valentina, "Regulación de la teoría general de los títulos valores en el Código Civil y Comercial. La especie de los títulos valores cartulares y la normativa aplicable. Publicado en: RCCyC 2018 (agosto), 01/08/2018, 3. Cita Online: AR/DOC/1342/2018.

embargo, esta paradoja permite salvar, por así decirlo, la inhabilidad ejecutiva genéticaabordada en el parágrafo anterior.

De este modo, la circunstancia de la inexistencia de firma digital resulta irrelevante, pues, la reglamentación del BCRA dispone de forma expresa la inhabilidad ejecutiva directa del Echeq, requiriendo, frente al incumplimiento total o parcial del pago del mismo, la emisión de un "certificado" representativo del derecho.

Este nuevo instrumento, debe ser materializado en soporte papel, y validado con la firma de dos funcionarios de la entidad financiera depositaria, o girada, si fuera el caso de un cobro en ventanilla.

En la práctica, serias dudas pueden plantearse respecto las vías de impugnación de dicho certificado, pues, sin perjuicio de que como expusimos, se reducen drásticamente los supuestos de defectos formales, y por su propio régimen otros riesgos como extravío o sustracción de fórmulas, falsificación de firma, etc., lo cierto es que el obligado cambiario se vería imposibilitado, en la especie, de articular defensas reales fundadas en el instrumento originario (Echeq), pues el titulo ejecutado, no es este, sino la certificación emitida por el Banco, y en tal sentido, su régimen debe asimilarse a del "saldo deudor de cuenta corriente bancaria", es decir, un título ejecutivo heterogéneo generado en forma autónoma por la entidad bancaria sin participación del deudor.

§ 1.1.8.4 Conclusiones

Analizadas las cuestiones planteadas, puede concluirse, sencillamente, que el Echeq no constituye, en su actual reglamentación, un título ejecutivo que por si mismo habilite la instancia ejecutiva, pues debe necesariamente materializarse en una certificación con soporte papel y firma de dos funcionarios bancarios, a los fines del cobro judicial del mismo.

Por otra parte, si la normativa avanzara en el sentido de habilitar la ejecutividad directa del Echeq, pudiendo incluso el mismo permanecer en formato digital, deberá contemplarse, como requisito de existencia de la obligación cambiaria válida, en los términos del Art. 288 del CCCN, la "firma digital"como único procedimien-

to electrónico de manifestación de la voluntad compatible con el proceso ejecutivo, desechando la “firma electrónica”, pues, constituyendo en ese caso un mero medio de prueba, cualquier ámbito probatorio adicional para validar el instrumento y asegurar la autoría y autenticidad de la manifestación de voluntad inserta, no resulta compatible con el proceso ejecutivo, y en consecuencia, debería instarse un proceso de conocimiento, según el actual criterio de la jurisprudencia en la materia.

§ 1.1.9 Ejecutabilidad del cheque no presentado. Mora y prescripción

Por Osvaldo E. Pisani. Colegio de Abogados de San Isidro.

Ponencia en homenaje y recordatorio del Dr. Horacio Brignole, miembro histórico del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro fallecido recientemente.

PONENCIA

En el cheque "común" y de pago diferido el "rechazo por el banco girado", exigido como requisito para la su ejecutabilidad por el art. 38 "in fine" de la Ley de Cheques -24.452-, entendemos que no resulta necesario para la ejecución de los mismos cuando tengan una fecha de pago dentro de los periodos de aislamiento legal "obligatorio" -ver DNU.297/2020- por entender que en este caso resultan aplicables las disposiciones de los arts. 26 y 27 de la misma ley de cheques que preveen las soluciones por falta de presentación al cobro de los mismos. Es decir, que los cheques comunes y de pago diferido pueden ser ejecutados sin necesidad de dicho rechazo -conf. art. 26 y 27 Ley de Cheque- y en ese caso la fecha de la mora y del inicio del plazo de la prescripción debe fijarse a los treinta (30) días (o 60 si es librado en el extranjero) de vencido el plazo de treinta (30) días para presentarlo al cobro. Esto significa que en el cheque común será a los sesenta días de la fecha de creación cuando es librado en el país y a los noventa días el librado en el extranjero y de sesenta días a contar de la fecha de pago en el caso del cheque de pago diferido.

§ 1.1.9.1 Antecedentes y fundamentos

Régimen legal del cheque

El régimen legal del cheque, está en la ley 24.452, más conocida

como la Ley de Cheques (en adelante L. Cheq), la cual al regular los plazos fija como plazos de presentación y pagos en el caso del cheque común lo siguiente: “ art. 25.- El término de presentación de un cheque librado en la República Argentina es de treinta (30) días contados desde la fecha de su creación. El término de presentación de un cheque librado en el extranjero y pagadero en la República es de sesenta (60) días contados desde la fecha de su creación.” SIC art. 25 L. Cheq” - Y el art. 28 de la misma ley determina que -Si el cheque se deposita para su cobro, la fecha del depósito será considerada fecha de presentación. SIC art. 28 L. Cheq-

Por su parte, para su ejecutabilidad surge la necesidad del rechazo del banco girado cuando el mismo lo es materialmente presentado por ventanilla o por lo que se describe como “truncamiento” del cheque cuando el que lo presenta es el banco (depositario) donde el tenedor material lo depósito para que este banco se lo presente al banco girado. Dichas exigencias legales surgen del art. 38 que textualmente determina: -CAPITULO IV. Del recurso por falta de pago. art. 38. - “Cuando el cheque sea presentado en los plazos establecidos en el artículo 25, el girado deberá siempre recibirlo. Si no lo paga hará constar la negativa en el mismo título, con expresa mención de todos los motivos en que las funda, de la fecha y de la hora de la presentación, del domicilio del librador registrado en el girado. La constancia del rechazo deberá ser suscrita por persona autorizada. Igual constancia deberá anotarse cuando el cheque sea devuelto por una cámara compensadora. La constancia consignada por el girado producirá los efectos del protesto. Con ello quedará expedita la acción ejecutiva que el tenedor podrá iniciar contra librador, endosantes y avalistas. Si el banco girado se negare a poner la constancia del rechazo o utilizare una fórmula no autorizada podrá ser demandado por los perjuicios que ocasionare. La falta de presentación del cheque o su presentación tardía perjudica la acción cambiaria.

§ 1.1.9.2 Del aislamiento obligatorio

En esta regulación legal y motivado en supuestas relaciones de

la pandemia por el Covid -19, se sancionó el DNU 297/2020 y sus sucesivas prórrogas -DNU: 325/2020 entre otros) los cuales dispusieron la OBLIGATORIEDAD LEGAL de aislamiento con las restricciones de funcionamiento y de transitabilidad dentro de zonas determinadas que en una primera etapa implicaron el cierre de la operatoria bancaria.

Si bien posteriormente se habilitó la operatoria bancaria como actividad esencial solo para ciertas actividades, se mantuvieron las normas de aislamiento y de prohibición de transitar. El servicio de caja de los bancos, estaba restringido a ciertas operaciones, NO pagándose los cheques a la presentación de los mismos.

Esta normativa de aislamiento obligatoria impedian la operatoria del cheque de presentarlo materialmente al cobro al banco girado (banco pagador).

§ 1.1.9.3 Fundamentos

Frente a este impedimento, entendemos que son aplicables los arts. 26 y 27 de la L.Cheq. que rextualmente dicen:

ARTICULO 26.- Cuando la presentación del cheque dentro de los plazos establecidos en el artículo precedente fuese impedida por un obstáculo insalvable (prescripción legal de un Estado cualquiera u otro caso de fuerza mayor), los plazos de presentación quedaran prorrogados.

El tenedor y los endosantes deben dar el aviso que prescribe el artículo 39.

Cesada la fuerza mayor, el portador debe, sin retardo, presentar el cheque. No se consideran casos de fuerza mayor los hechos puramente personales al portador o a aquel a quien se le hubiese encargado la presentación del cheque.

ARTICULO 27.- Si la fuerza mayor durase más de treinta (30) días de cumplidos los plazos establecidos en el artículo 25, la acción de regreso puede ejercitarse sin necesidad de presentación.

Al respecto y si bien el BCRA dicto distintas comunicaciones (entre

ellas la Comunicación 6950 del 1/4/2020 del BCRA) sobre la posibilidad de volver a depositar los cheques rechazados) lo cierto es que las mismas solo son aplicables a las entidades bancarias y que en nada modifican lo expuesto por los art. 26 y 27 transcriptos.

Entendemos que la redacción de los dos artículos indicados es clara y precisa como un argumento irrebatible al postulado de la ponencia indicado al inicio del presente trabajo al cual remitimos.

§ 1.1.10 Pagaré. Embargo preventivo. Derecho de propiedad. Delito de lesa humanidad. Desnaturalización. Ejecutabilidad

Por Duilio Oscar Carrizo Miranda. Colegion de Abogados de La Matanza

PONENCIA

Los títulos de crédito tienen fuerza ejecutiva otorgada por el legislador que no puede quedar desnaturalizada por la administración de justicia porque afecta derechos amparados por garantías constitucionales y el derecho de los tratados que forman parte del bloque de legalidad establecido por el art.75 inc. 22 de la CN y la tutela judicial efectiva establecida por el art. 15 CPBA.

§ 1.1.10.1 Desarrollo

El embargo debe otorgarse in audita parte. No corresponde el dictamen del Agente Fiscal por no ser especialista en derecho privado. Su intervención nada aporta al proceso en razón de que el Juez tiene facultades legales de revisar la tasa de interés y la modalidad de contratación. El marco de referencia es la Constitución Nacional y las normas de fondo y de forma dictadas bajo su influencia.

"... El art. 31 contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho (...) El art. 31 declara, pues, la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. Este debe subordinarse a aquella y no debe modificarla si no es por el procedimiento establecido en el art. 30 de la Ley Suprema, disposición que crea el poder constituyente derivado y el modo y alcance de su ejercicio. (...) Dado que la República Argentina es un país federal, las normas de ese nivel -Constitución, leyes de la Nación que se dicten en su consecuencia por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras- están por encima del ordenamiento local,

que debe subordinarse a esa supremacía. Sin embargo, las normas inferiores a la Constitución Nacional, de orden federal o local, generales o particulares, pueden en los hechos, vulnerar sus disposiciones. En una Constitución que además de suprema es rígida por imperio del art. 30, tal situación es insostenible. En efecto si las normas inferiores contradicen lo establecido en la Constitución y ello es aceptado, se vulnera la división entre poder constituyente reformador y poderes constituidos y, desde luego, si asi ocurre se destruye la supremacía constitucional. Ahora bien, aunque el art. 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance del control o sujetos destinados a impedir la violación de aquella preeminencia. En cambio, sin pronunciarse expresamente sobre el punto, el art. 116 de la Constitución Nacional dispone que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución". Así, la interpretación armónica de ambas normas ha dado sustento no sólo al control de constitucionalidad de las disposiciones inferiores a la ley de base, sino a que sea la Corte Suprema el tribunal atribuido en última instancia para ejercer aquel control. Después de la reforma constitucional de 1994, el art. 43 reconoció expresamente la procedencia del control de constitucionalidad difuso, y en causa concreta, en materia de amparo (...) El control de constitucionalidad en la Argentina procede -en principio y en general- de los tribunales judiciales; es difuso, pues cualquiera de éstos puede ejercerlo aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria..." (María Angélica Gelli. "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Tercera Edición Ampliada y Actualizada. La Ley, 2008, págs. 364/*367)*.

El pagaré detenta una fuerza ejecutiva establecida por el Decreto Ley 5965/63: Arts. 101 y concordantes; los artículos 195, 200, 209, 520, 521 inc.5 523 y concordantes del CPCC. Y los artículos 1525, 1526, 1527, 1528, 1529, 1530, 1531, 1532, 1815, 1816, 1820, 1821, 1830, 1831, 1833 y concordantes del CCCN. Destacándose que el Decreto Ley 5965/63 que ya formaba parte del código comercial derogado, no fue derogado por el nuevo régimen civil y comercial establecido por la ley 26.994.

Sin embargo, la administración de justicia cada vez con más insistencia le desconoce el carácter ejecutivo que detenta obligando al acreedor a adjuntar el mutuo antecedente invocando la normativa consumeril y en contra del carácter ejecutivo otorgado por la norma comercial de fondo argentina.

Entonces el acreedor está con la dificultad de trabar el embargo hasta tanto se reconozca la firma inserta en el mutuo, en contra de lo establecido por la normativa comercial vigente.

Es evidente que tal decisión afecta el derecho de propiedad establecido por el art. 17 de la CN pero además, se vulnera la norma procesal establecida por los art 521 inc. 5 del CPCC porque se obliga al acreedor a preparar la vía ejecutiva del antecedente cuando lo que pretende el accionante es la ejecución del pagaré. Con todas las dificultades en la notificación que tal decisión adoptada por el judicante provoca en el acreedor accionante; y la consiguiente pérdida de tiempo en la notificación ordenada.

En el marco de la pandemia del Covid 19 la situación se agrava en forma extrema. La grave situación económica y social padecida a consecuencia del cierre y paralización de la economía promueve una alta probabilidad de mora e incobrabilidad. No puede generalizarse porque nadie lo sabe pero no parece lógico ni lícito seguir admitiendo una forma de práctica judicial que no es coherente con el ordenamiento jurídico vigente.

En efecto. La ley en ningún momento ordena la preparación ejecutiva como ahora se ordena. Y la fuerza ejecutiva del pagaré significa que el acreedor tiene la posibilidad de trabar un embargo en el porcentaje de ley de las remuneraciones que mes a mes percibe el deudor a fin de cancelar la deuda. Sin embargo, contra toda lógica y en perjuicio del acreedor, muchos magistrados se niegan al embargo de haberes sosteniendo injustificadamente que el deudor empleado en relación de dependencia no podría soportar un embargo en un momento de crisis económica como el actual.

De hecho, sin que el deudor invoque defensa alguna se niega el embargo invocando la normativa consumeril y obligando al acreedor a diligenciar la intimación de pago y citación de remate que en muchos casos resulta de largo aliento, por negativa del deudor

a notificarse o por los factores extraños a la litis. Actualmente se trata de una tarea de imposible cumplimiento ante el cierre transitorio de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones.

Prohibir un embargo es inconstitucional porque es un derecho del acreedor otorgado por el ordenamiento positivo. Proteger al deudor invocando la vigencia de la norma de orden público consumeril no justifica desproteger al acreedor que es tan sujeto de derecho como el deudor ante la ley. No parece justificada la postura que muchos tribunales aplican porque destruye el crédito y la buena fe en las contrataciones que es lo que a criterio del suscripto se debe tutelar por el círculo virtuoso que aporta a la economía en general.

El deudor no es obligado a contratar. Percibe la suma de dinero pactada en un contrato al que adhirió libremente. No parece lógico ni equitativo que la administración de justicia niegue la traba del embargo cuando se acreditaron los elementos indispensables fijados por el legislador para la medida cautelar. Se trata de una situación admitida por el código procesal. No es lícito ni ajustado a derecho que se obligue a tramitar la intimación de pago como recaudo previo porque tal imperativo no surge del ordenamiento de forma y hoy es un trabajo que no puede llevarse adelante por el cierre transitorio de la oficina de mandamientos y notificaciones.

No se valora el proceso inflacionario que padece el país desde antigua data con índices del cincuenta por ciento anual que importa un perjuicio irreparable para el acreedor ; con la consecuente desvalorización monetaria que no es cubierta por los eventuales intereses que pueda estipular la sentencia ejecutiva.

Tampoco es lógico negar la cautelar en el mutuo con firma reconocida por el deudor, como erróneamente muchos magistrados sostienen. Un contrato de mutuo con firma reconocida es tan ejecutable como un pagaré. Sin embargo se niega el embargo –de nuevo- con fundamento en la norma consumeril que a esta altura resulta difícil de aplicar en este contexto confuso en el que no se aplica la legislación civil y comercial vigente por la ley 26.994. Y poniendo como excusa que aún no se libró el mandamiento de intimación de pago y citación de remate; cuando ello es independiente de la

cautelar pedida.

Las ejecuciones comerciales en la actualidad se manejan con un criterio ideológico que prescinde de lo jurídico; muchas veces con criterios subjetivos, altamente discutibles, que imposibilitan cerrar el debate y con ello solucionar la controversia. Como cuando se interpreta que el contrato que deudor y acreedor pudieron materializar se llevó adelante con engaño o mala fe y entonces como el acreedor obró de mala manera fe le quitamos la tutela que la ley le otorga. *(Dictamen del Fiscal. JDO. CIV. Y COM N.º 8 MO21744/2019 COOPERATIVA DE VIVIENDA, CREDITO Y CONSUMO BICENTENARIA LTDA. C/ FERNANDEZ HUHO MAXIMILIANO S/ COBRO EJECUTIVO Señora Juez: De la vista electrónica conferida, estima este Ministerio Público Fiscal, de una nueva lectura del expediente, que se encuentran reunidos los requisitos del art. 36 de la Ley 24.240, por lo que en el momento procesal oportuno por lo que, en el momento procesal oportuno se deberá tener presente al Derecho del Consumidor, como una disciplina tuitiva que pretende equilibrar la dispar relación de fuerzas que implica la concurrencia de consumidores y proveedores en un mercado libre, ello, a fin de poder contemplar las soluciones que mitiguen la situación de debilidad del consumidor, estando facultado el magistrado, a corregir las desviaciones y abusos en las relaciones jurídicas de consumo. Fiscalía General, Morón, Mayo de 2020 (Dictamen del Agente Fiscal Dr. Patricio Hugo Pagani. Unidad Fiscal N 5 Morón).* El funcionario dictaminante parte de la base que deudor y acreedor hicieron un contrato donde el acreedor trató de perjudicar al deudor. Realmente un juicio valorativo erróneo y falaz que ignora como son las contrataciones comerciales. Y sobre todo desconoce que quien ofrece crédito en el mercado no necesariamente obra mal, todo lo contrario, su forma de trabajar es seduciendo a la potencial clientela ofreciendo pautas claras y posibles de contratación que sean recepciones por los eventuales clientes. Y celebran muchos contratos. No uno solo. Por eso el dictamen transcripto evidencia un total desconocimiento de la forma de contratación en tratamiento.

No se comprende como “corregiría” (sic) el magistrado las “desviaciones” y “abusos” que a criterio del Fiscal siempre se dan en

las relaciones de consumo. En el expediente el deudor reconoció el mutuo y jamás se presentó a ejercer su derecho de defensa. Es sabido que el magistrado tiene facultades de revisar la tasa de interés pero sobre el capital adeudado y su modalidad no queda claro en el dictamen del agente fiscal como sería la intervención del magistrado a su respecto. Y de dónde surge la afirmación temeraria de que en las relaciones de consumo existen "desviaciones" y "abusos" que no explica. Tal afirmación no ayuda a solucionar el conflicto planteado en una ejecución comercial y mucho menos aporta en pos de la paz social que todos los operadores del sistema de justicia esperamos.

En tal inteligencia –equivocada por cierto- se le niega al acreedor el derecho al embargo negando en los hechos la fuerza ejecutiva que la ley le otorga a los títulos de crédito.

La consecuencia de ello hace que el crédito esté en vías de extinción porque nadie en su sano juicio invertirá en créditos si sabe que la justicia niega en los hechos la tutela conferida por el ordenamiento aplicable a la especie.

La propiedad privada es un derecho constitucional amparado por la Constitución Nacional y todas las constituciones provinciales. No puede entonces existir discriminación confiscatoria para el acreedor, porque afecta el crédito y la solvencia necesaria para los créditos personales.

Se trata de empresas constituidas como sociedades comerciales inscriptas en la Afip que facturan legalmente con empleados en relación de dependencia en blanco. No se comprende la poca sustentabilidad económica de la postura fijada por mucha jurisprudencia que niega la traba de medidas cautelares en las ejecuciones comerciales. Tampoco explican en profundidad como puede tutelarse el interés del consumidor con posturas que destruyen el crédito al consumidor. Porque el consumidor toma un crédito para beneficiarse y lo hace en forma libre. Nadie lo obliga a suscribirlo y mucho menos a percibir los montos que son tomados en préstamo. Se trata de una postura irracional, populista y carente de todo tipo de sustento constitucional.

Mucho más curiosa e injustificada es la postura de Agentes Fiscales que son obligados a dictaminar sobre una cuestión de derecho privado cuando se trata de funcionarios con formación en derecho penal ajeno al derecho privado. Y la demora que la confección de dichos dictámenes vacíos de contenido conlleva. Muchas veces ocho o diez meses para decir lo que todos sabemos, esto es, que las normas del consumidor son de orden público y que no corresponde el embargo que pide el deudor como si el único derecho de propiedad que existiera fuera el deudor y olvidando que éste solicitó un crédito que no pudo o no quiso devolver.

El embargo tiene una naturaleza cautelar urgente que requiere la demostración de los tres elementos indispensables de toda medida cautelar: 1) Verosimilitud del derecho. 2) Peligro en la demora. 3) Contracautela.

La naturaleza autónoma del pagaré importa acreditar la verosimilitud del derecho con la sola posesión porque la posesión vale título. Entonces la adjunción del mutuo es a los fines de evitar sostener que no se ha cumplido la normativa consumeril pero no es esencial a los fines de peticionar el embargo. O al menos así debería serlo. Hoy sabemos que ello no es así pero a mi entender es un error que no está justificado por la doctrina.

El peligro en la demora está configurado hoy en la desvalorización monetaria porque la dificultad en la notificación y finiquito de la causa hace que en este marco de pandemia no haya una estimación probable de duración del pleito atento la paralización en el funcionamiento de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones. Entonces, no otorgar el embargo hace que el derecho del acreedor cobre un alto riesgo de incobrabilidad dadas las consecuencias económico sociales que provocará el cierre y paralización de la economía con cierres de empresas, despidos, imposibilidad de trabajar o múltiples inconvenientes. Todo dependerá del rubro laboral en el que desempeñare tareas el deudor.

Es por ello que este nuevo marco económico social en el que nos toca desempeñar nuestra actividad hace evidente la necesidad de que la administración de justicia cumpla con los postulados del legislador sin posturas ambiguas e incomprensibles cargadas de

subjetividades, que son ajenas a la ciencia del derecho. Esto es, conceder el embargo acreditados los recaudos legales sin que ello implique hacer lugar a la pretensión del acreedor. Pero hoy día esto está complicado porque muchos magistrados se niegan injustificadamente a conceder embargos por una equivocada creencia que con ellos atentarían contra la normativa consumeril lo que no está acertado. Postura que desde ya no se entiende en profundidad y ni siquiera se postula científicamente. Se niegan los embargos sin fundamento alguno por una idea equivocada que trabar un embargo importa un perjuicio cierto y concreto para el deudor cuando lo correcto es entender que el reclamo del acreedor circunscribe el marco de discusión y el embargo no asegura el éxito de la demanda sino solo su ejecutabilidad. Es indiscutible que la ley consumo interpreta la diferencia de posición entre el oferente y el consumidor, pero nunca justifica la desprotección del crédito frente a la mora del deudor.

La vida la propiedad y la libertad son los derechos esenciales amparados por la Constitución Nacional, los Tratados a los que la Nación adhiere en los términos del artículo 75 inc. 22 CN y todas las Constituciones provinciales. Muchas negativas en la traba de medidas cautelares atentan contra estos derechos esenciales. Sin propiedad privada no hay vida ni libertad. Nadie puede hacer frente a sus obligaciones si no cuenta con los elementos indispensables para ello. El juicio ejecutivo fue pensado para tutelar la eventual imposibilidad de pago del deudor pero también para tutelar la propiedad del acreedor. No parece lógico que se tomen posturas ideológicas "tutelando" derechos que ni siquiera son invocados por los sujetos involucrados. Que un Juez o un Fiscal tomen el papel de abogado defensor del deudor que muchas veces no comparece no parece una actitud sana y coherente de la administración de justicia destinada a alcanzar la tan anhelada paz social que todos deseamos.

«El precio de la libertad es su eterna vigilancia», recordada frase de Thomas Jefferson, cobra una dimensión especial cuando los ciudadanos ven amenazados sus derechos por aquellos funcionarios que, en realidad, deberían ser sus empleados. Y esa vigilancia se materializa a través del fortalecimiento de las instituciones formales

y no formales por medio de las cuales los ciudadanos se expresan y se protegen de los abusos de los gobernantes. Recordando que el gobierno es solo “uno” materializado por intermedio de los tres poderes del sistema republicano.

Toda actitud contraria al ejercicio de estos tres derechos esenciales hace incurrir al infractor en la eventual configuración de delitos de lesa humanidad. Porque se trata de tres derechos esenciales y fundamentales sin los cuales resulta imposible la invocación de otros derechos también tutelados por el constituyente y el orden jurídico dictado en su consecuencia.

El Poder Judicial forma parte del Estado, pero debe ser lo suficientemente independiente del poder político para que los jueces puedan actuar de defensa de los derechos individuales aun frente al avance del gobierno sobre los derechos individuales. Un Poder Judicial independiente, imparcial, que respeta las limitaciones vinculadas con la defensa en juicio y el debido proceso, y que elabore una jurisprudencia confiable y predecible, constituye uno de los ejes centrales para la República. Que es la forma de gobierno determinada por la Constitución. La necesidad de lograr esa independencia y fortaleza es un tema esencial que apunta a la naturaleza y funciones de las decisiones judiciales, su diferencia con las soluciones alternativas de conflictos, las motivaciones internas de los jueces y su influencia sobre lo que resuelven, o las limitaciones a su poder. También a las exigencias de fundamentación de las decisiones y sobre la redacción de las sentencias, de enorme importancia institucional, es el de cómo contribuye cada sentencia a la formación de la jurisprudencia, y como esta puede garantizar certidumbre jurídica. Se trata de un tema no solo jurídico sino también de análisis económico tal como lo establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Rojas Ricardo Manuel. La decisión judicial y la certidumbre jurídica Unión Editorial 2019 Madrid. España).

El derecho de propiedad, el derecho a la vida y el derecho al ejercicio de las libertades civiles no pueden ser desconocidos porque toda acción que esté motorizada en su perjuicio revisten la característica de delitos de lesa humanidad (Arts. 1,2,3,6,7,11 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos

Sociales y Culturales; Arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 14, 18 y concordantes del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; Arts. 11,12,15,31 y cctes.de la CPBA; Art. 17, 18, 19 y concordantes de la CN).

Dada la compleja situación económica social existente, negar el embargo -en contra del cuerpo normativo vigente- es atentar contra el derecho de propiedad del acreedor, tornando ilusoria la garantía establecida por la norma constitucional en relación a la propiedad del acreedor. Sin propiedad privada no hay vida ni libertad.

Una Acordada de la Suprema Corte (art. 3 de la Res. SP de la SCBA N° 15/20 (cfr. art. 1, apartado 3, punto "a", primer párrafo, de la Resolución de Presidencia SPL N° 10/20; cfr. arg art. 1 de la Res. SCBA N° 13/20), el art. 5 de la Res. N° 480/20 y art. 1 de la Res. SP de la SCBA N° 25/20) no pueden impedir el ejercicio de derechos amparados por la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que forma parte del derecho de los tratados referenciados por el art. 75 inc. 22 de la CN. Además, en el marco de la pandemia del Covid 19, la Suprema Corte fue dictando acordadas que fueron flexibilizando la cuarentena, en el sentido que estableció la reanudación de los términos procesales, la provisión de causas de trámite normal a fin de evitar la paralización del servicio de justicia. Se está trabajando en forma remota evitando acumular causas de trámite normal evitando un perjuicio al justiciable por la demora.

La propiedad privada está tutelada por la Constitución por lo que toda actitud que vaya en contra de este postulado es erróneo y debe ser dejado sin efecto. La seguridad jurídica es otro elemento que resulta indispensable para elevar el nivel de inversiones y crecimiento económico. Si cada operador jurídico va a prescindir de lo establecido por el legislador poniendo delante su postura personal sobre el tema, tal postura atenta contra la seguridad jurídica y la necesaria paz social que todos deseamos.

Los títulos de crédito no pueden ser desnaturalizados exigiendo recaudos para su ejecución –como el contrato de mutuo- que el le-

gislador no exige. Nadie está obligado a hacer lo que ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 CN) . Sin embargo, hoy sabemos que se nos exige adjuntar el mutuo aunque el legislador no lo exija en contra del mandato constitucional. Ello atenta contra el crédito, la seguridad jurídica, la credibilidad de la justicia y el derecho de propiedad del acreedor peticionante a quien se le obliga a abonar todas las cargas legales sin recibir la tutela necesaria en aquello previsto por la norma.

Por lo dicho entiendo que en la ejecución de títulos de crédito la fuerza ejecutiva confiere deber legal de otorgar el embargo en tutela del derecho de propiedad del acreedor sin perjuicio de la resolución final al que alcance el proceso. Es evidente que la falta de embargo hace perder al título todo chance de cobro y toda la fuerza ejecutiva otorgada por el legislador siendo incompatible con la naturaleza jurídica que encaja en forma perfecta con el juicio ejecutivo previsto por el legislador provincial.

La administración de justicia debe ser objetiva y estar ajena a todo tipo de ideologismos equivocados como los mencionados cuidando su carácter imparcial, objetivo, apegado a las probanzas de la causa, y sobre todo a criterios lógicos que tengan en mira la protección y tutela legal de todos los ciudadanos en el marco institucional que propone la Constitución Nacional y el bloque de legalidad establecido por los Tratados suscriptos por el país (art. 75 inc.22 CN).

§ 1.1.11 Préstamo otorgado por medios electrónicos. Falta de autosuficiencia del título. improcedencia de la vía ejecutiva

Por María de los Ángeles Morrone. Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

Para que un documento electrónico pueda ser llevado al proceso ejecutivo debe ser firmado necesariamente con firma digital, debiendo además contener la identificación de los sujetos activos y pasivos de la obligación, indicados en forma precisa; la expresión líquida o fácilmente liquidable de la cantidad adeudada, ser de plazo vencido y no sujeta a condición. Caso contrario carecerán de habilidad ejecutiva.

§ 1.1.11.1 Desarrollo

Los préstamos financieros que el banco otorga a sus respectivos clientes es lo que se denominan créditos bancarios. El cliente al recibir un crédito bancario, también adquiere el compromiso de reembolsar el dinero prestado paulatinamente, a través de los pagos de las cuotas que el banco le indique o en un solo monto, con cierto interés extra que compensará a la entidad bancaria el tiempo que no tuvo el dinero en sus cuentas. Ahora bien, ¿Que sucede cuando ese préstamo bancario fue realizado íntegramente por medios electrónicos y se pretende ejecutar el título firmado electrónicamente?

Los documentos electrónicos firmados electrónicamente se consideran principio de prueba por escrito, pasibles de ser cuestionados. Ahora bien, rechazados los cuestionamientos en el marco de un litigio por los medios probatorios que correspondan, los instrumentos particulares devienen en instrumentos privados y adquieren plena eficacia.

Tal actividad probatoria excede el marco del proceso ejecutivo,

con lo cual todo documento que no es autosuficiente ni contiene una deuda líquida y exigible, no puede adquirir fuerza ejecutiva por más que se lo someta a la "preparación" de la vía respectiva, toda vez que ese arbitrio no permite superar deficiencias de ese tipo. **JURISPRUDENCIA:** BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ DUBOIS CRISTIAN S/ EJECUTIVO (Expte. 32853/2019) Juzg. Com. 26. Secretaría N* 52. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C. (20/05/2020)[94].

§ 1.1.11.2 Antecedentes del caso

En los autos caratulados "BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ DUBOIS CRISTIAN S/ EJECUTIVO" (Expte. 32853/2019), se presentó el Banco de la Provincia de Buenos Aires y solicitó la ejecución de un Préstamo Personal Provincia BIP (Banca Internet Provincia) que habría concedido a Dubois Christian por la suma de $ 153.700, mediante una contratación online.

La magistrada al examinar el título, desestimó la acción al no resultar aquel un instrumento hábil en términos del art 520, 523 y 531 del CPCC para perseguir el cobro por medio del proceso ejecutivo.

La documentación aportada por la actora, para demandar la ejecución, consistía en: **1)** los términos y condiciones de un cuadro tarifario de productos (fs. 13/16), **2)** el listado histórico del préstamo firmado y certificado por el banco y **3**) los movimientos de la cuenta (fs. 17/23).

Se deduce que no habría un instrumento suscripto por el supuesto deudor en razón de estar frente a un préstamo realizado por medios electrónicos, tema sobre el que volveremos más adelante,

Al margen de ello el CPCC es claro cuando establece los requisitos para que el título habilite la vía coactiva del cobro y dice que debe ser suficiente y bastarse a sí mismo, conteniendo todos los

94 BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ DUBOIS CRISTIAN S/ EJECUTIVO (Expte. 32853/2019) Juzg. Com. 26. Secretaría N* 52. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C. (20/05/2020)

elementos que posibiliten el ejercicio de la acción ejecutiva: sujetos activos y pasivos de la obligación indicados en forma precisa; la expresión líquida o fácilmente liquidable de la cantidad adeudada, ser de plazo vencido y no sujeta a condición.

La falta de cualquiera de esos requisitos intrínsecos de admisibilidad lo tornan inhábil y así lo entendió la Sra. Juez de grado al examinar la documentación acompañada, verificando que la misma no cumplía con los presupuestos necesarios para reputarlo como título ejecutivo conforme los arts. 520, 523 y 531 del CPCC.

Consecuentemente rechazó in límine la ejecución intentada respecto del préstamo personal BIP.

§ 1.1.11.3 La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – Sala C

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución de la magistrada de grado en el entendimiento de que el rechazo in límine de la ejecución intentada respecto del "***préstamo personal de firma electrónica"*****,** le causa un gravamen irreparable.

Argumenta la actora que el Sr. Dubois solicitó al Banco de la Provincia de Bs.As. el otorgamiento de un préstamo con fecha 22 de febrero de 2018, mediante el sistema de adhesión electrónico ATM. La solicitud fue acogida favorablemente, otorgándosele en consecuencia el préstamo personal por la suma de $ 153.700 a pagar en 72 cuotas mensuales y consecutivas.

Respecto de la prueba documental ofrecida en autos, sostiene la existencia de la deuda reclamada conforme surgiera del listado histórico del préstamo, en donde constara la acreditación del dinero en la cuenta del cliente, con fecha 22/02/2018 y la constitución en mora a partir del día 16/04/2018.

Explica también que ´***la instrumentación legal del contrato se realizó mediante la aceptación de los términos y condiciones mediante el click en el botón SI, ACEPTO"***, al igual que, el ingreso del monto a requerir por el demandado y la cantidad de cuotas a abonar. Explica que la aceptación del Sr. Dubois fue otorgada mediante el ingreso de sus claves numérica y alfabética, las que resultan únicas e intransferibles, contenedoras de números y letras

que sólo él conoce, generadas por él mismo dentro del sistema, a fin de facilitarse el acceso a sus operaciones bancarias.

En cuanto a la firma del documento hace referencia al Art 288 del CCyC y a la Ley 25.506 de Firma Digital, para luego decir que de todas formas la firma digital no es usada habitualmente en los usos y costumbres del comercio electrónico, máxime en contratos B_2C y C_2C[95] Entonces, ***entiende la actora, puede considerarse que la manifestación del consentimiento que un usuario normalmente expresa en un contrato electrónico, es en rigor, una firma electrónica.***

Interpreta, la recurrente que podría iniciarse como preparación de la vía ejecutiva de acuerdo a lo establecido por el art 1106 del CCyC, pues sostiene que el contrato celebrado entre ambos se encuentra debidamente registrado electrónicamente y que prueba de ello es la extracción impresa debidamente certificada por la autoridad del banco acompañada, en la demanda.

En cuanto a la preparación de la vía ejecutiva, sostiene que el derecho le asiste pues en referencia al requisito de individualización de cada uno de los sujetos, el mismo se encontraría cumplido. Surge tanto del Cuadro tarifario de productos donde consta la firma del deudor como así también en la constancia del ingreso a P.A.I.V. Destaca que el deudor cuenta con otros créditos, provenientes del saldo deudor registrado en una cuenta corriente y del otorgamiento de una tarjeta de crédito VISA.

Prosigue respecto de la obligación exigible de dar sumas de cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables y explica que el dinero acordado en el préstamo se acreditó en la caja de ahorro del demandado el 22/02/2018. El préstamo era pagadero 72 cuotas, de las cuales fue abonada solo la primera. Consta la suma adeudada de $153.392.30 conforme las certificaciones del gerente y del contador del banco acompañadas en la demanda.

En cuanto al punto sobre la exigibilidad de la obligación: esto es, que se trate de deuda de plazo vencido y no sujeta a condición, sostiene el apelante en que se puede encontrar en el listado his-

95 (Business to Consumer y Consumer to Consumer).

tórico del préstamo donde se detalla fecha de las operaciones, importe en pesos, el cómputo de los intereses y el total de cada cuota, todo ello con distintas fechas de cierre y vencimientos.

Además sostiene que fue acompañada una certificación donde consta que el préstamo personal de **"firma digital"** del Sr, Dubois registraba al 20/05/2020 un capital histórico de $153.392.30 y que solo se había abonado la primer cuota el 31/03/2018, restando abonar 71 cuotas.

Por último solicita la transformación de la demanda, para el caso de rechazo del recurso respecto de la admisibilidad de la vía ejecutiva, esto es, la conversión del proceso en un juicio de conocimiento, ordenando la producción de la prueba ofrecida en la demanda.

§ 1.1.11.4 Sentencia de Cámara

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria.

Si bien el art. 525 del CPCC admite la integración del título incompleto, esto es asi, siempre que cumplido el procedimiento allí previsto, el documento satisfaga las condiciones del art. 523 del CPCC para que ese título quede convertido en uno que, entonces, si traiga aparejada esa ejecución.

En el caso, se presentó una constancia con una afirmación unilateral de parte de su emisor (el propio banco) sobre el monto que adeudaría el Sr. Dubois con motivo del préstamo personal. La Cámara aclaró que no se trataba de un certificado de saldo deudor en cuenta corriente expedido en los términos del art. 1406 del CCyC.

El tribunal de Alzada, hizo referencia a las constancias del expediente del cual surgen ***un listado histórico del préstamo***, que nada informan sobre algún efectivo incumplimiento, y por otro lado ***impresiones de pantalla sobre ¨consultas de saldos y/o movimientos¨*** de una cuenta del Sr. Dubois.

En cuanto al ***cuadro tarifario de productos, comisiones y cargos***,

la alzada sostiene que son solo eso, dando cuenta de los valores que cobra el banco en función del amplísimo abanico de productos que ofrece.

Concluye que tales antecedentes son insuficientes para acreditar la existencia de una suma líquida y exigible, cuyo cumplimiento pueda ser reclamado por esa vía al demandado.

El actor, dice la Cámara, pretendió además justificar la ejecutividad de la deuda en ***la existencia de un contrato electrónico que se había materializado por "****la* ***aceptación de los términos y condiciones mediante el click en el botón, SI ACEPTO....****"***

Este dato estaría revelando la falta de autosuficiencia del título y consecuentemente tal insuficiencia no habilita el cobro por vía ejecutiva.

Se confirma el rechazo in límine adoptado por la Sra. Juez de grado y en cuanto al pedido de la transformación de la demanda, al no ser juzgado por la misma, el tribunal tampoco se expide sobre ese punto en particular.

§ 1.1.11.5 Algunas consideraciones al respecto

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y FIRMA

En el caso traído en análisis cabe destacar que se trató de un préstamo personal otorgado por medio de la Banca Internet Provincia, de modo que se trató de una contratación a través de medios electrónicos

Al hablar de contratación electrónica estamos haciendo referencia a la modalidad de contratación por el uso de tecnologías en alguna de sus etapas, comprenda esta la de perfeccionamiento o ejecución del contrato o en todas las etapas de contratación.[96]

Ahora bien, nadie discute que la contratación fue realizada de manera online, que presupone un proceso de contratación llevado a cabo en forma completa por vía digital, de hecho el dinero fue

96 Ver Contratacion electronica y relacion de consumo- Rosas Villarrubia, Ingrid. Revista Facultad de Ciencias Económicas. UNNE N*17. 2/03/2017 - Págs 91-104.

depositado en la cuenta del Sr. Dubois, el mismo día que solicitó el préstamo, mediante el sistema de adhesión electrónico y asi lo expresó el banco actor.

El problema surge en que el título por el cual se pretende el cobro no contiene la firma del demandado, entendemos que adherir mediante el click de un botón SI ACEPTO, no constituye firmar en el sentido que establece el Art 288 del CCyC, el que dispone: *"la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.*

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho, si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente, la autoría e integridad del instrumento". (El destacado me pertenece)

Ahora bien, de acuerdo a lo normado por el Art. 2 de la Ley 25.506 (LFD) **"se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control, la firma digital debe ser susceptible de verificación, por terceras partes, tal que dicha verificación, simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma".**

El Banco refirió que el demandado firmó el título mediante ***firma electrónica*** (y asi lo manifiesta en el recurso de apelación). Sostiene que ***el contrato se realizó mediante la aceptación de los términos y condiciones mediante el click en el botón SI, ACEPTO***.

En este orden de ideas es preciso acudir a la mentada ley para ver que dispone sobre la firma electrónica. El Art 5 establece que ***se entiende por firma electrónica al conjunto de datos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como su medio de identificación, que carezca de uno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quien la invoca acreditar su validez.***

En este sentido, es interesante destacar que la parte actora manifiesta que el préstamo personal de firma electrónica se aceptó mediante el click del botón SI ACEPTO, para luego decir que fue acompañada una certificación donde consta que el préstamo personal de **firma digital** del Sr, Dubois registraba al 20/05/2020 un capital histórico de $153.392.30 y que solo se había abonado la primer cuota el 31/03/2018, restando abonar 71 cuotas.

Obviamente la parte actora confunde firma electrónica con firma digital, siendo la primera de ellas el género y la segunda la especie. Pero la diferencia entre ambas radica en que la firma digital requiere de un certificado digital que vincule los datos de verificación de la firma con los datos de su titular, por parte de un certificador licenciado, siendo este último quien garantizará su validez[97].

En este lineamiento, el Art. 288 del CCyC, en su párrafo segundo equipara la firma digital a la firma ológrafa, pero nada dice sobre la firma electrónica, con lo cual si la intención del legislador hubiera querido ser esa (la de equiparar la firma electrónica con la digital) no habría hecho tal diferenciación entre una y otra.

En este sentido el documento electrónico adquiere relevancia desde el punto de vista de la prueba pues, el Art 284 del CCyC nos trae la libertad de formas en cuanto a la exteriorización de la voluntad, pudiendo las partes utilizar la que estimen convenientes. El Art 286 del código de fondo trata la expresión escrita y hace referencia a que la misma puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto

97 *Las definiciones de firma electrónica y firma digital se encuentran en los artículos 5 y 2 de la Ley de Firma Digital 25.502. La firma digital es aquella celebrada con la tecnología provista por un certificador licenciado y goza de las presunciones de autoría e integridad (art. 7 y 8 de la LFD), mientras que la electrónica, definida de manera residual y sin esa tecnología, no goza de tales presunciones. La clave para ingresar a homebanking, el nombre inserto al final en un correo electrónico, el scan de una firma ológrafa, etcétera, son firmas electrónicas. Pero no deben confundirse estas presunciones con que la firma digital haga "plena fe". En ese sentido se ha dicho que "… debemos decir que las presunciones […] no le otorgan al documento 'plena fe' ni 'efectos propios de un instrumento público', sino que es una presunción de autoría que admite cualquier tipo de prueba en contrario y que puede ser planteada tanto por el titular del certificado de firma digital, como por la otra parte", Franco Di Castelnuovo y Santiago Falbo, "Efectos jurídicos de la firma digital en el derecho argentino - Acerca de la errónea equiparación de la firma digital a la certificación de firmas en el decreto 182/2019".*

en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos[98].

El Art. 287 CCyC trata de la prueba y forma de los actos y dispone: "Instrumentos públicos, Instrumentos privados: los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están se llaman instrumentos privados. ***Si no lo están se denominan instrumentos particulares no firmados. Esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y cualquiera que sea el medio empleado los registros de la palabra e información"***. (El destacado me pertenece)

En esta línea de pensamiento que el CCyC divide estos instrumentos particulares en 2 clases. Instrumentos particulares firmados, y documentos particulares no firmados. Si los instrumentos particulares se encuentran firmados son instrumentos privados, pero ni no lo están serán simples instrumentos particulares no firmados.

Del juego normativo mencionado (Arts 284, 286, 287 y 288 CCyC) y de la Ley 25.506 Ley de Firma Digital (Arts. 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 entre otros) se colige que si tengo un documento firmado electrónicamente y para su validez necesitaba ser firmado digitalmente (equiparándolo tal firma a la ológrafa) solo tengo un documento que no se encuentra firmado y deberé demostrar mediante otros medios de prueba que el mismo fue suscripto. Cabe destacar que el documento dejará de ser un instrumento particular no firmado para pasar a ser un instrumento privado cuando la firma sea reconocida por el supuesto signatario, quien, por otra parte, puede también manifestar que tal firma no le pertenece.

Toma relevancia, asimismo, el tema de la fecha cierta y al respecto dispone el Art 317 del CCyC: "Fecha cierta. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia inelu-

98 Ver https://leyes-ar.com/codigo_civil_y_comercial/286.htm

dible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.

Ahora bien, si el documento no fue reconocido, adquiere fecha cierta, el día que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que tal documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. Y aquí se centra el tema de la prueba.

Todo esto permite concluir que aunque se hubiera cumplido con el reconocimiento autosuficiente de deuda líquida y exigible en el documento, el problema de la firma trae aparejada que deba ser probada la misma en un proceso que excede el marco del ejecutivo.

TÍTULO EJECUTIVO INHÁBIL

Respecto de la inhabilidad del título en razón de no documentar la existencia de una obligación en dinero liquida y exigible, la recurrente señaló que la documentación adjuntada consistente en ***un listado histórico del préstamo***, las ***impresiones de pantalla sobre ¨consultas de saldos y/o movimientos¨ y un cuadro tarifario de productos, comisiones y cargos*** resultan títulos pasibles del trámite de preparación de vía ejecutiva, toda vez que el derecho que le asiste es exigible conforme los arts, 520 y 525 del CCyC.

Lo cierto es que nada de esta documentación aportada los torna hábiles para preparar la vía ejecutiva en tanto no se bastan a sí mismos ni reúnen todos los elementos esenciales, lo que hace necesario prever indagaciones incompatibles con la estructura de este tipo de procesos.

El título debe bastarse a sí mismo, sin necesidad de recurrir a otros medios de prueba que lo complemente. ***La alzada refirió que la constancia de fs. 23 solo contenía una afirmación unilateral por parte de su emisor -el propio actor-, sobre el monto que le adeudaría su contendiente con motivo de un préstamo que aquel le habría otorgado***.

Aclaró además que no se trataba de un certificado deudor en cuenta corriente expedido en los términos del art. 1406 del CCyC, que dispone lo siguiente:

ARTICULO 1406.-"Ejecución de saldo. Producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista, si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva. El documento debe ser firmado por dos personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar: a) el día de cierre de la cuenta; b) el saldo a dicha fecha; c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista. El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título".

Evidentemente la documentación aportada por la recurrente, con la firma de las autoridades (gerente y contador) de la entidad bancaria no satisface un título con eficacia ejecutiva pues no fue firmado mediante escritura pública y no indicaba tampoco a) el día de cierre de la cuenta; b) el saldo a dicha fecha; c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.

Precisamente nada dice el apelante sobre haber dado cumplimiento al art. 1406 del CCyC, nótese que tampoco aportó la comunicación fehaciente al cuentacorrentista sobre el día de cierre de la cuenta y el saldo a dicha fecha.

§ 1.1.11.6 Conclusiones

Los documentos electrónicos firmados electrónicamente se consideran principio de prueba por escrito, pasibles de ser cuestionados.

Uno de los avances más importantes que se ha dado en nuestro derecho está dado por la introducción de lo que se llama equivalencia funcional entre el documento en soporte papel y firma ológrafa con el documento en soporte magnético y firma digital. (art. 3 Ley 25.506, LFD). Tal equivalencia implica que un contrato en papel firmado de puño y letra tendría en líneas generales la misma validez y eficacia jurídica que ese mismo contrato en soporte magnético con firma digital.

Recordemos que las firmas digitales son aquellas celebradas con la tecnología provista por un certificador licenciado (Art. 19, Ley

25.506, LFD) y gozan de presunción de autoría (Art. 7, Ley 25.506 LFD) e integridad (Art. 8, Ley 25.506 LFD), mientras que las electrónicas, definidas de manera residual y sin esa tecnología no gozan de tales presunciones.

Tal y como mencionamos anteriormente tal equivalencia funcional en los títulos electrónicos se da entre firma digital y ológrafa y no entre firma electrónica y firma digital.

En el caso bajo examen, tanto la Sra. Juez de grado como el tribunal de Alzada, no se refieren a la validez de la firma, pues en ambas instancias se esgrimen argumentos vinculados con la habilidad ejecutiva de determinados títulos que normalmente traerían aparejada la ejecución pero que fueron, en este caso particular y según entendemos, firmados con firma electrónica.[99]

Sostenemos que para que un documento electrónico pueda ser llevado al proceso ejecutivo debe ser firmado necesariamente con firma digital, debiendo además contener la identificación de los sujetos activos y pasivos de la obligación, indicados en forma precisa; la expresión líquida o fácilmente liquidable de la cantidad adeudada, ser de plazo vencido y no sujeta a condición. Caso contrario carecerán de habilidad ejecutiva.

Es importante reconocer, dado el avance de la contratación electrónica, que será necesario implementar el uso de la firma digital[100] en contratos, documentos públicos en general, facturas electrónicas de venta, pagarés electrónicos, firmas de reglamentos de uso de tarjetas de débito y crédito, contratos bancarios en general, para no quedar impedidos de acceder a la vía ejecutiva en casos como este traído en análisis, o en otros que han salido, algunos meses atrás, corriendo con la misma suerte del rechazo in límine

99 *La clave para ingresar a homebanking, el nombre inserto al final en un correo electrónico, el scan de una firma ológrafa, la identificación off line de clientes y usuarios etcétera, son firmas electrónicas.*

100 Coincidentemente a la postura de otros autores, es nuestra *recomendación el uso de firma digital además de como mencionaramos en* contratos, documentos públicos en general, facturas electrónicas de venta, pagarés electrónicos, firmas de reglamentos de uso de tarjetas de débito y crédito, contratos bancarios en general, en actas de juntas, actas de asambleas de accionistas o copropietarios, informes contables, etc.

para la preparación de la vía ejecutiva[101].

Sugerimos al empresario tome los recaudos necesarios al momento de la contratación respecto de verificar que el firmante del documento electrónico posea firma digital y en caso de que no posea, darle la posibilidad de que, este, la tramite en forma gratuita a través de la Plataforma de Firma Digital Remota (PFDR)[102] o a través de un certificador licenciado privado mediante el pago establecido por el certificador.

101 Fallo Wenance S.A c/Melgarejo Sandra Isabel s/ Ejecutivo (Expte. 34.927/2019) Juzg. Comercial 24, Secretaria 240. 13/02/2020. Cam. Nac. De Apelaciones en lo Comercial - Sala B-Fallo Wenance S.A c/ Chavez, Marcela Alejandra s/ Ejecutivo (Expte. 34.930/2019) Juzg. Comercial 23, Secretaria 230. 26/02/2020.
102 Ver: https://firmar.gob.ar/ayuda.html

§ 1.1.12 Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico

Por Marcelo Fabián Boedo. Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

A los efectos de lograr mayor transparencia de las operatorias de este tipo de comercio, es necesaria la exigencia de la plena aplicación del Art. 8 de la ley 24.240, en cuanto expresa. "En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

§ 1.1.12.1 Desarrollo

En este tópico en particular, habiendo quedado jurisprudencialmente zanjada la cuestión atinente al sometimiento de las mismas a la normativa de la ley 24240, se presenta no tan prístina aquella que hace al encuadramiento del carácter de la responsabilidad objetiva o subjetiva que les resulte aplicable, extremos éstos que para el caso particular de la empresa Mercado Libre irán variando en función de la modalidad en la que se haya concretado la venta, pautas éstas que son fijadas por la propia empresa de ventas *on line*, conforme se analizará seguidamente.

Con fecha 20 de diciembre de 2019 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E, en los autos caratulados "VERGARA GRACIELA ROSA c/ ENERGROUP S.A. (MOTOS DEL SUR) Y OTRO s/ ORDINARIO" dictó un fallo confirmando el decisorio recurrido en cuanto eximía de responsabilidad solidaria respecto de la condena dictada a su litisconsorte, a la empresa MERCADOLIBRE S.R.L. ("Mercado Libre"), quien proveyó la plataforma electrónica que sirvió de nexo para que la operación se efectuara.

Ello, por cuanto según adujo, que de las constancias de la causa se encontraba acreditado que la actora había comprado una motocicleta (cero kilómetro), modelo 2011, a "Energroup", habiéndose publicado a través del portal de ventas por internet desarrollado por "Mercado Libre", en el que figuraba erróneamente el año de fabricación como 2013 en vez de 2011.

Así las cosas es que habiéndose aplicado a la concesionaria el plexo normativo de la Ley 24240 de defensa del consumidor por haberse verificado el incumplimiento a la obligación del proveedor de proporcionar al cliente información cierta, clara y detallada del bien objeto de la venta.

Ello sin soslayarse la deficiencia probatoria desplegada por la actora en cuanto al ofrecimiento de prueba instrumental se refiere, por haber adjuntado una copia "parcial" de la información que contenía el aviso de venta en la que no se incluyó en la reproducción aportada el número de referencia que identifica a cada publicación en "Mercado Libre", ni tampoco la dirección URL (siglas que en español representan Localizador Uniforme de Recursos). Cuestión ésta resuelta por la instancia primigenia, mediante la aplicación de la carga dinámica de la prueba establecida por el Art. 1725 del CCyC, en la inteligencia de que podría el accionado haber incorporado el correo electrónico que anoticia la concreción del negocio que el programa envía al suscriptor al consumar una transacción, que a su vez remite a los datos de la operación.

Analizando la cuestión referente a la posibilidad de endilgar responsabilidad objetiva a MERCADOLIBRE, se detalla que en la casuística que puede albergar las prestaciones de esta plataforma, existen dos posibilidades:

La primera corresponde a la venta de objetos muebles no registrables (nuevos o usados) y servicios, para lo cual el portal no revela al pretenso adquirente la identidad del vendedor sino una vez culminada la operación; es decir, cuando el interesado confirma la compra clicando en la opción "comprar", servicio por el cual el ingreso económico de la plataforma se ve supeditado a la efectivización de la venta, más allá de aquello que pueda percibir por incrementar el nivel de exposición.

La segunda corresponde al servicio de venta es el relativo a bienes muebles nuevos / usados o inmuebles, en ambos casos registrables, en el que los datos de contacto de los oferentes se encuentran se encuentran a disposición desde el inicio de la operatoria y no existe, pues, ningún tipo de comisión por la operación y el portal cobra por la publicación y su nivel de exposición, dando también la alternativa de hacerlo de forma gratuita.

Es por ello que la diferencia entre ambos caso resulta bien diferenciada, dado que en el primero la actividad de "Mercado Libre" se acerca más a un servicio de intermediación comercial en la que el portal actúa como canal de venta de la empresa proveedora, y en el segundo no hay comisión ni se participa en la venta, incluso le resulta indiferente si se concreta o no, siendo además que la nota distintiva radica para el primer supuesto en la creación de un usuario y la obligatoriedad de confirmar la operación por ese medio para operar en él y la manera de hacer efectiva la compra es por dicho portal, lo que no sucede en el segundo, en el que cualquier internauta puede acceder a la información de contacto del vendedor (así también como la data del objeto de la oferta) para que luego el interesado evalúe la conveniencia del negocio.

Vale la pena destacar que si bien el Tribunal ha entendido que la relación de consumo ha alcanzado tanto a las prestaciones de "Energroup" como de "Mercado Libre", no ha hallado un supuesto que haga atribuible frente a "Mercado Libre" una responsabilidad solidaria por el incumplimiento incurrido, ya que es solo el concesionario quien se ha visto alcanzado por las previsiones del Art. 4 de la LDC, por haber sido quien ha efectuado la carga de los datos, siendo responsable la empresa de comercio electrónico sólo en caso de que haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente, circunstancia ésta que tal como se explicara, en la modalidad desplegada en el caso sub examine, se ha limitado a suministrar los datos de contacto desde el inicio, por lo que el portal de venta no participó en el negocio más allá de ofrecer un espacio en la web para que se suba la publicación, adunado a ello el hecho que de la impresión de pantalla anejada por la actora surge la leyenda "Consejos de seguridad antes de comprar: Comunícate con el vendedor, habla con tu contraparte, verifica personalmente

la documentación del vehículo y su estado, ¡siempre! , y que de la propia página informa en la pantalla "Mercado Libre no vende este artículo y no participa en ninguna negociación, venta o perfeccionamiento de operaciones. Sólo se limita a la publicación de anuncios de sus usuarios", descartándose además la existencia de relaci**ón se subordinación entre** la concesionaria y la empresa de mercadeo, que torne a esa **última** como responsable del control de la exactitud de los extremos insertos en las publicaciones.

Destacando, además, que dicho criterio tampoco se vería alterado por el hecho de haberse efectuado ofertas publicadas en su portal en el buscador "Google", dado que dicho acuerdo con el vendedor formaría parte de un pacto interno que no necesariamente implica la activación de una responsabilidad objetiva y solidaria frente al consumidor.

En esto orden de ideas y ante la orfandad de normativa interna específica en materia de comercio electrónico, evoca entonces otros antecedentes jurisprudenciales, a saber:

Lo resuelto por la Sala D de esta Cámara en "Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L.", del 22-03-18. 8, basado en la adquisición de un automotor de la que resultó una estafa en perjuicio del adquirente, en el que se determinó que la proveedora de la plataforma electrónica no participó activamente en el negocio y, por ende, le cupo una responsabilidad subjetiva, por lo que seguidamente pasamos a reseñar su contenido de un modo más exhaustivo.

En tal precedente el adquirente afirmó haber pagado el precio de compra mediante giros internacionales con intervención de una empresa local, conforme lo indicado por la demandada, además de suma para cubrir "gastos de entrega y documentación" de acuerdo al pedido que al efecto le hizo Mercado Libre S.R.L., pero que pese a todo ello nunca recibió el rodado.

Fue así que ante la ausencia de normativa específica ya mencionada, el tribunal en uso de los lineamientos vertidos por el Art. 1 del CCyC, analiza la Directiva 2003/31 de la Comunidad Económica Europea, que aun para el caso de haberse verificado discordancias entre lo publicado y lo efectivamente ofrecido, exime de responsabilidad

a las plataformas de comercio electrónico en los siguientes casos:

a) Que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito.

b) Que de haber tenido conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible...".

Ello, por cuanto no se impone a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, por lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en uno de los casos "L'Oréal S.A.", que para que el prestador de un servicio en Internet quede comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE, es esencial que sea un "prestador intermediario" , desempeñando un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos.

Criterio **éste** que se ha visto acogido por la jurisprudencia de EE.UU al declarar que el operador del mercado electrónico de ventas o subastas *on line* no tiene el deber de aventar infracciones sin un conocimiento específico de ellas (sentencia dictada en el caso "Tyffany Inc. c/ eBay Inc.", 576 F. Supp., 2d. 463, 469 S.D.N.Y. 2008, caso relacionado con la venta de joyería falsificada en el sitio web de la parte demandada). (conf. Palazzi, P., La responsabilidad civil del mercado virtual por oferta de productos en infracción al derecho de marcas: el caso "L'Oréal v. eBay", ED 244-52),

Habiéndose además receptado en en **Bélgica (conf.** Bruxelles, Tribunal de Commerce, 7ème Chambre, Salle B, 31/7/2008, "Lancôme Parfums et Beauté & Cie c/ eBay International AG, eBay Europe s.a.r.l., et s.p.r.l. eBay Belgium").

De tal suerte, el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la

Directiva 2000/31/CE (apartado 115).

Tal como lo ha entendido nuestro más alto Tribunal en los autos "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios" del 28/10/2014, en los que al analizar el régimen de responsabilidad de los "motores de búsqueda" en Internet sentenció que la inexistencia de una obligación general de vigilar le siga, como regla, la inexistencia de responsabilidad.

Tómese en cuenta que el criterio descripto queda de lado ante la "ignorancia premeditada" y de "indiferencia imprudente", por tratarse de una omisión o inadecuada, incompleta o injustificadamente tardía retirada de los contenidos o de adoptar la acción necesaria para bloquear el acceso a ellos.

Pero cuanto, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE (apartado 116).

Y es justamente éste el punto que si bien no ha sido debidamente acreditado en el precedente local estudiado, la solución contraría lo resuelto en el precedente local estudiado, abriendo un haz de luz que engloba en la condena a tales prestadoras, quebrantando así la cuestión atinente, no solo a la responsabilidad de tipo subjetiva, sino a la complejidad de la acreditación de los extremos que las tornan responsables.

Tampoco podrá eximirse si ha recibido una orden judicial que lo colocaba en situación de ejercer una "vigilancia activa" o prestó una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, vgr. a través de motores de búsqueda externos como Google o Yahoo, o cuando el autor del contenido ilícito ha actuado bajo la dirección o control del operador del mercado electrónico

(conf. Peguera Poch, Miguel, ob. cit., p. 340).

Retomando entonces el punto de exención de responsabilidad, podría afirmarse que continúa la plataforma electrónica bajo el amparo de la misma, aun cuando además de los servicios de alojamiento de datos, ofrezca actividades auxiliares o conexas como medios de evaluación o calificación, seguro, modalidades de pago, verificación de la identidad.

Siendo además que es de hacer notar que más allá de lo reseñado, los ribetes del caso en particular terminan forzando el decisorio exculpatorio, aún para el caso de haberse encuadrado la cuestión en lo términos de la responsabilidad objetiva, por la culpar de la víctima, que pulveriza el nexo de causalidad, por cuanto:

Sabiendo que no resulta necesario para este tipo de operaciones de ventas de automotores no resulta necesario registrarse previamente, ni ingresar con usuario o clave y que la información relacionada con nombre y teléfono del vendedor es de libre acceso, siendo fácilmente accesible la lectura de los "Términos y Condiciones" del servicio prestado" - cumpliendo así con la manda del Art. 4 de la ley consumeril - , en los que se expone que "...Mercado Libre sólo pone a disposición de los Usuarios un espacio virtual que les permite ponerse en comunicación mediante internet para encontrar una forma de vender o comprar servicios o bienes..." y que "...Debido a que Mercado Libre no tiene ninguna participación durante todo el tiempo en que el artículo se publica para la venta, ni en la posterior negociación y perfeccionamiento del contrato definitivo entre las partes, no será responsable por el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Usuarios en el perfeccionamiento de la operación..."

Surgiendo asimismo de la prueba pericial que el usuario que aparecía como vendedor fue inhabilitado con 5 días de antelación a la fecha de inicio de la compra indicada en la demanda a la indicada en demanda, no habiéndose acreditado que el clasificado respectivo hubiera permanecido en el sitio web con posterioridad a tal inhabilitación. Además, el actor ha hecho caso omiso a la leyenda emitida por la accionada en su plataforma, en la que se advierte la frase "...Es bueno saberlo, para estar más atentos...", que "...

Nunca recibirás un e-mail de Mercado de Pago por tu compra en Clasificados de Mercado Libre...” , pese a lo cual mantuvo reiterados contactos por mail con una cuenta de correo de “Mercado de Pago” que no pertenecía a la demandada en vez de denunciar la presencia de un “spoof” -mail de un falso remitente- para lo cual la página cuenta con una específica opción habilitada., habiéndose oblado el precio por fuera del sistema “Mercado de Pago” que ofrece la demandada.

Ello, más allá de las cuestiones probatorias inconclusas, tales como que no se acreditó en la causa que el actor hubiera tenido acceso al aviso clasificado publicado en el sitio web de la demandada a través de motores de búsqueda en Internet, o que el mail supuestamente proveniente de Mercado pago haya provenido específicamente el sitio oficial. O aquellas de neto corte procesal cuya profundización hubiese quizá logrado torcer la voluntad del decisorio del Tribunal de grado, como el haber esgrimido recién en la expresión de agravios el argumento de la “ignorancia premeditada” o “indiferencia imprudente” sobre las estafas que canalizan por ese medio, cuyo tratamiento ha quedado vedado a esta alzada en virtud del principio de congruencia sentado por el Art. 277 del CPCCN.

Por último, y a fin de abarcar de modo más amplio la diversa casuística receptada por el fuero de orden nacional respecto a este tipo de contratos, en los autos caratulados DELPRATO, DANIEL ALEJANDRO c/ MERCADOLIBRE S.R.L. Y OTRO s/ORDINARIO, en los cuales el accionante promovió demanda contra Mercado Libre S.R.L. y Banco Itaú Argentina S.A, tras el intento de compra de un automóvil, dado que según refirió, se había contactado con el vendedor llamado Andrés Cáceres, el que luego de varias comunicaciones, le habría manifestado al actor que Mercado Libre había designado representante de venta al Sr. Carlos Gustavo Druetta, quien iba a comunicarse con el comprador para indicarle los pasos a seguir en la compra. En virtud de ello le envió un mail al actor, bajo el asunto de “Programa de protección al comprador”, tras lo cual efectivizó un primer pago en el Banco Itaú y al día siguiente canceló la totalidad de la compra mediante una transferencia bancaria del Banco Nación, a lo cual accedió en virtud de la confianza

que representa el sitio web, y más aun siendo la misma interfase del portal. Entendiendo a la vez responsable al Banco Itaú Argentina S.A. por permitir que una persona como el Sr. Carlos Gustavo Druetta realice operaciones sospechosas teniendo un informe de riesgo crediticio negativo - según el BCRA - en concepto de cheque rechazados.

Así, el temperamento adoptado por los juzgadores ha sido el mismo, teniendo en mira que el Sr. Delprato ha aceptado los términos y condiciones de Mercado Libre y Mercado Pago, realizado siete operaciones de compra en el sitio web y publicó dos operaciones de venta de vehículos automotores en el año 2012. Más allá de no haber logrado acreditar que la demandada haya percibido costo de publicación - como así tampoco comisión por venta, o que el Sr. Druetta haya sido empleado de Mercado Libre.

Habiendo asimismo hecho caso omiso a las advertencias del sitio tales como "No pagues sin verificar personalmente la documentación y el estado del vehículo"; "Desconfía de ofertas debajo del precio de mercado"; "Mercado Libre y sus afiliadas no tienen vehículos bajo su custodia"; "Mira nuestra guía de precios", sin haber advertido que en ningún momento al realizar la publicación de vehículos, Mercado Libre ofrece la posibilidad de recibir el rodado o custodiarlo en un garaje o intermediar en la eventual venta del mismo.- Y, en referencia a los consejos de seguridad, ha obviado que la publicación luce al pie en negrita "OPORTUNIDAD!!" y no proporciona un número telefónico, sino un correo "Prive.vip4 arroba hotmail.com", modalidad de escritura de un correo electrónico que por sí sola debería haber llamado la atención del actor, así como que tanto el correo electrónico que insta al actor a efectuar el depósito, cuanto el que le informa haber recibido la seña no provenían del correo electrónico del vendedor publicado en el clasificado ("Prive.vip4 arroba hotmail.com").

No habiendo hecho uso siquiera del portal de ayuda las 24 hs. ofrecido por el sitio web para recibir consultas y existen distintas FAQs (páginas del sitio con información adicional) que advierten la posible recepción de mails falsos, culminando el cúmulo de apreciaciones al resaltar además la presunción que impone el art. 16 del decreto 6582/58, que reza: " A los efectos de la buena fe previstos

en los artículos 2o, 3o y 4o del presente, se presume que los que adquieren derechos sobre un automotor, conocen las constancias de su inscripción y de las demás anotaciones que respecto de aquel obran en el Registro de la Propiedad del Automotor, aun cuando no hayan exigido del titular o del disponente del bien, la exhibición del certificado de dominio que se establece en este artículo" cuya ignorancia no puede esgrimirse a mérito de lo dispuesto por el art. 8 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Contrariamente a lo hasta aquí compilado, le ha sido endilgada la responsabilidad del tipo objetiva en el precedente dictado por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (in re, "Claps, Enrique Martín c. Mercado Libre S.R.L.", del 05-10-12), en los que se condenó solidariamente a "Mercado Libre" con fundamento, entre otros, en la apariencia de legalidad que le imprimió dicha intermediación en su carácter de intermediaria necesaria de la compraventa de entradas para un espectáculo musical que habían sido robadas, por las que los compradores de buena fe resultaron detenidos, operatoria ésta concretada mediante el sistema Marketplace, en el que, tal como se expresara, la empresa percibe una comisión y revela los datos de la parte oferente, al efectivizarse la transacción, por cuanto, Mercado Libre no solo lucra con el espacio que ofrece a los usuarios, sino con las operaciones allí realizadas, por lo que no le resulta entonces indiferente que las mismas se concreten o no.

Entendiendo además que nos encontramos en presencia de un contrato electrónico y una vez constatado que se utiliza el medio digital para celebrar, cumplir o ejecutar un acuerdo nos encontramos frente a un contrato electrónico, resultando aplicables por lo tanto las reglas generales en cuanto a capacidad, objeto y efectos, y que si Mercado Libre- y por ende es responsable - desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes, precisamente esa confianza constituye la fuente primaria de sus obligaciones, resultando ser un elemento más de la cadena comercial, "ya que se puede afirmar que el intermediario de servicios provee servicios y que como tal es solidariamente responsable juntamente con los integrantes de la cadena de prestación (Conf. R.L. Lorenzetti "Comercio electrónico" E.D.

Abeledo Perrot Pág. 291).

Es por ello que se ha condenado en forma solidaria a toda la cadena que integra el proceso de compraventa - sin perjuicio ello de las repeticiones a las que hubiere lugar - fundado ello en el riesgo / beneficio del empresario cuando el daño es producido por el riesgo y el beneficio económico del empresario.

A mérito de lo expresado y a los efectos de lograr mayor transparencia de las operatorias de este tipo de comercio, la exigencia de la plena aplicación del Art. 8 de la ley 24.240, en cuanto expresa. "En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

§ 1.1.13 Pandemia y responsabilidad de viajeros, prestadores de servicios de transporte, hotelería y gastronomía y de las agencias de turismo

Por Guillermo H.F. Garaguso, Andrés A. Garaguso y Horacio P. Garaguso. Colegio de Abogados de Mar del Plata – Instituto Graduados de la Universidad de la Atlántida Argentina

PONENCIA

En tiempos de pandemia la responsabilidad de viajeros, prestadores de servicios de transporte, hotelería y gastronomía y de las agencias de turismo debe juzgarse teniendo en consideración que lo que está ocurriendo en el mundo tipifica un auténtico caso fortuito y las políticas del estado para conjurar el mal son a no dudarlo un caso de fuerza mayor.

§ 1.1.13.1 Fundamentación

En otras ponencias abordamos la cuestión del COVID 19 en ciertos negocios jurídicos. Esta ponencia apunta hacia uno de los más perjudicados ámbitos económicos que el problema sanitario global trae aparejado.

Es claro que las actividades vinculadas a la recreación, turismo y comercio 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 no son aplicables las normas de derecho común que establecen responsabilidad y solidaridad porque la pandemia es un acontecimiento tan extraordinario e imprevisible que los especialistas ya lo reputan como más nociva que la del N1H1.

Es evidente que la suspensión de vuelos dispuesta por el Estado o Estados regionales no puede ser cargada en la responsabilidad del agente de turismo, de la empresa de viajes *online* y ni siquiera de la transportista, especialmente si de transporte aéreo se trata.

Nuevos principios para justificar la emergencia. Estos principios son el emergente de la crisis debiendo destacarse en primer lugar el que ya fuera receptado en el año 2001 por la CSJN (in re MASSA) que es el esfuerzo compartido a los que deberán adicionarse otros nacidos de la situación presente:

a) Principio de contribución que recae sobre los sectores de la sociedad más pudientes

b) Principio de mayor pérdida que se orienta a la atención primaria de quienes sufren los mayores quebrantos

c) Principio de limitación y suspensión de las estipulaciones contractuales que precedieron la crisis

d) Hoy más que nunca la defensa del consumidor.

e) La ley de Defensa de la Competencia en el sentido de restringir el abuso de posición dominante en el mercado.

f) Regla de solidaridad social, que define la preferencia por lo colectivo.

§ 1.1.14 Reprogramación de viajes sin penalidades ni costos adicionales. Fechas abiertas - efecto coronavirus COVID-19

Por María de los Ángeles Morrone. Colegio de Abogados Lomas de Zamora

PONENCIA

La declaración de pandemia por CORONAVIRUS resulta ser un hecho que no ha podido ser previsto constituyendo un caso fortuito o fuerza mayor conforme el Art. 1730 CCyC. El incumplimiento contractual en estos casos no genera reponsabilidad pues se verifica la imposibilidad de cumplimiento objetivo y absoluto no imputable a los obligados, de modo que no corresponde la procedencia de multas o penalidades frente a las cancelaciones de vuelos o cancelaciones en las prestaciones y en caso de optar entre reprogramaciones y cancelaciones, las devoluciones por causas de esta última deberán hacerse por el total del dinero abonado.

§ 1.1.14.1 Desarrollo

JURISPRUDENCIA: "IBÁÑEZ MARIELA Y OTROS C/ FALABELLA VIAJES Y LATAM AIRLINES GROUP – AMPARO" Expte:173.735. Juzg. Contencioso Administrativo, Secretaria N*1, Pcia de San Juan (12/03/2020)[103].

El caso

Se presentan las actoras Mariela Ibáñez, Ángela Molina (76 años) y Lurdes Mugnos y promueven acción de amparo contra Falabella Viajes S.A y contra Latam Airlines Group con el objeto de que se ordene la suspensión de los efectos del contrato firmado el 30/09/2019 , por el cual se abonó la totalidad del viaje pactado con

103 "IBÁÑEZ MARIELA Y OTROS C/ FALABELLA VIAJES Y LATAM AIRLINES GROUP – AMPARO" Expte: 173.735. Juzg. Contencioso Administrativo, Secretaria N* 1, Pcia de San Juan. (12/03/2020).

fecha de salida el día 13/03/2020 con destino a Europa (España, Italia y otros destinos), hasta tanto estén dadas las condiciones de seguridad y salubridad para las pasajeras y asimismo se mantengan las mismas condiciones y precios que se pactaron en su oportunidad.

Fundan la pretensión en la situación provocada por el CORONAVIRUS, que afecta a los países programados en el viaje, y en particular Italia, que por decreto nacional había cerrado sus fronteras desde el 11 de marzo hasta el 3 de abril de 2020, (recordemos que como mencioné las actoras tenian vieje programado para el día 13 de marzo y la OMS había declarado la pandemia el 11 de marzo del corriente año).

Señalan que adquirieron el paquete de pasajes de avión por LATAM y un tour por Europa con una empresa denominada VPT (Turismo para todos).

Que en el actual estado de alerta mundial por el riesgo de contraer la enfermedad, todas las empresas de turismo y las líneas aéreas estaban haciendo reprogramación de sus vuelos sin costo alguno; no así las demandadas.

Destacaron las actoras que expusieron su preocupación al agente de viajes ya en febrero, mas precisamente el 20 de ese mes, cuando el virus empezó a tomar relevancia, pero hasta la fecha de interposición de la demanda no habían recibido respuestas.

Que en todo caso deberían pagar como penalidad U$S 200 cada una de las pasajeras con más lo que cobrara la empresa de turismo o perder el 80% del valor del viaje si solicitaban la devolución. Es decir, se ponía a las pasajeras en una encrucijada de exponerse a correr un serio riesgo en su salud o perder en definitiva la suma de U$S 1.200 para aprovechar el pasaje.

En ese marco, piden medida cautelar de no innovar con carácter urgente a fin de que se ordene a las demandadas la suspensión del viaje programado para el día 13/03/2020 y se realice la reprogramación una vez que cesen las medidas, que eran y son de público conocimiento, en cuanto al CORONAVIRUS.

En relación a los requisitos de procedencia, dicen que la verosimilitud del derecho, se satisface con la factura de compra del viaje

para el 13/3/2020 y que es de público conocimiento el estado de alerta mundial en todo Europa por el Coronavirus. Respecto del peligro en la demora, resulta evidente pues el derecho en juego es la salud y aún más la vida de las presentantes; y hasta ese momento la empresa las obligaba a disponer de un dinero que no tienen (U$S 1200) o a perder la totalidad del viaje.

Por último, ofrecen caución juratoria, prueba, fundan en derecho y solicitan se haga lugar a la medida cautelar a fin de que se ordene la reprogramación del viaje sin pago de adicional alguno.

Del caso surgen que las actoras peticionan medida cautelar innovativa hasta tanto se dicte sentencia en el amparo. El objeto de este es intentar se ordene la reprogramación del viaje, sin penalidad alguna, previsto para el día 13/03/2020, con destino a diversos países de Europa, entre ellos España e Italia que con motivo de la pandemia se encontraban afectados y cerradas sus fronteras.

Respecto de la medida cautelar innovativa, el Art 232 del CPC de San Juan establece "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede solicitarse que el juez dicte medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración sea o vaya a ser el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra medida prevista en la ley. Son aplicables las mismas exigencias del Artículo 231".

Por su parte el Art. 231 del CPC de esa provincia establece que: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho sea verosímil; 2) Exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible; 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra precautoria".

A su vez, el Art. 568 del CPC, de la misma, prescribe que en el amparo: "Son admisibles todas las medidas cautelares necesarias para asegurar el resultado de la sentencia definitiva, inclusive las que supongan un anticipo de tutela judicial".

Cabe recordar que la procedencia de toda medida cautelar

exige el cumplimiento de tres requisitos: 1) la verosimilitud del derecho invocado (fumus bonus iuris), 2) peligro en la demora y 3) contracautela, este último a fin de garantizar debidamente los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar.

La magistrada encontró que tanto los recaudos de procedencia formal como los de procedencia sustancial estaban perfectamente justificados y acreditados con la documentación acompañada en la demanda.

Es de público conocimiento la declaración de pandemia efectuada por la OMS, no quedando ajeno nuestro país, por lo que fuera dictado por el 12 de marzo del corriente año, el DNU 260/2020 declarando la Emergencia Sanitaria y las disposiciones para el CORONAVIRUS COVID-19, elaborando el Ministerio de Salud de la Nación, por su parte, un protocolo de actuación específico para el mismo.

"Ante el brote originado en Italia, en relación a COVID-19, que implica la posibilidad de ingreso directo a nuestro país de personas infectadas, se generaron nuevas recomendaciones para los vuelos directos provenientes de ese país necesarias para la detección temprana, registro y control de pacientes con posibilidad de presentar una enfermedad respiratoria aguda al ingreso a nuestro país". Asimismo, ha elaborado un documento con recomendaciones, consejos e información, para la implementación de medidas de prevención del coronavirus 2019 -CoV, en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos.

Ya en ese entonces, por el 10 de marzo de 2020, en Italia se habia declarado la medida de aislamiento en todo su territorio, las disposiciones incluían restricciones de viaje y la prohibición de reuniones. Italia era el país con mayor cantidad de muertes confirmadas luego de China, que era donde se originó la epidemia.

Como es de notar, tal escenario, implicaba un riesgo cierto en el tráfico de personas, especialmente con destino a Italia, donde se dirigian las actoras. La Sra. Molina de 76 años, de edad se encuentra comprendida dentro de la franja etaria de alto riesgo (mayores de 65 años), con el agravante de presentar el padecimiento de una afección respiratoria en forma crónica por lo cual su médico

extendió un certificado médico sugiriendo no exponerse en zonas de afección viral.

En este caso, "***la suspensión y reprogramación del viaje que reclaman las actoras hasta tanto cesen las condiciones de salubridad hoy imperantes, es producto de una fuerza mayor, ajena absolutamente a la voluntad de las contratantes, ya que cuando suscribieron el contrato (septiembre 2019) no existía siquiera amenaza alguna sobre este virus que habia sido declarado pandemia en esas horas. Por ello resulta razonable la pretensión de postergar la realización del viaje para la protección de su salud y, eventualmente, de la salud pública por el eventual contagio que podrían propagar en el caso de contraer la enfermedad.*** A mayor abundamiento, dijo la magistrada, ***si las actoras decidieran viajar, a pesar de los riesgos, al regresar a nuestro país deberían cumplir la cuarentena que ha sido impuesta por el gobierno nacional para quienes vuelvan de países de contagio.***

"Tal situación de emergencia mundial, ha generado la flexibilización de las políticas comerciales de las aerolíneas y, por ello, la reprogramación de vuelos, sin que el cliente tenga que pagar una penalidad (se refiere a los destinos de Asia, Italia y España, en viajes programados hasta el 30 de marzo). En la información publicada, entre las aerolíneas que modificaron sus políticas de cambios y cancelaciones (permiten hacer cambios sin penalidad ni diferencia de tarifas) están Air Canada, Air Europa, Iberia, Alitalia, la holandesa KLM, y Latam, que suspendió los vuelos entre San Pablo (Brasil) y Milán con una reprogramación sin cobro de multa y la opción de reembolso completo. Es precisamente esta última línea aérea la que han contratado las actoras. Asimismo, otras empresas han suspendido sus vuelos a Roma, Miami y Orlando durante los meses de marzo y abril.

En cuanto al requisito en la demora, fue evidente y palmario, en razón de la salida prevista para el 13 de marzo del año en curso, por lo que la tramitación del amparo hasta su sentencia definitiva, hubiera frustrado el derecho que las actoras buscaban proteger

Respecto de la concurrencia de las notas de apariencia de buen

derecho que justifiquen su admisión, sostuvo la magistrada que habia que conformarse con la apariencia del derecho, la que resulta de una cognición más superficial y rápida que la ordinariamente requerida.

En ese examen superficial consideró que se encuentra habilitado el despacho de la medida cautelar, sin perjuicio de que luego se produzca el debate y prueba que asegure el debido derecho de defensa de las demandadas, y sin que importe en absoluto un adelanto del pronunciamiento que oportunamente corresponda dictar en la causa.

Por último, consideró suficiente la caución juratoria ofrecida como contracautela..."

En el dictado de la sentencia interlocutoria la magistrada resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por las Sras. MARIELA IBÁÑEZ, ÁNGELA AMALIA TRINIDAD MOLINA y MARÍA LURDES MUGNOS IBÁÑEZ, contra VIAJES FALABELLA S.A. y LATAM AIRLINES GROUP, ordenando la reprogramación del viaje previsto para el día 13 de marzo de 2020, que incluye vuelos aéreos y hoteles conforme Factura Electrónica Nº 0065- 00006900 expedida el 30/09/2019 por Viajes Falabella S.A., sin penalidad o costos adicionales, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el amparo o cesen las restricciones impuestas por el Coronavirus COVID-19.

§ 1.1.14.2 Introducción

Nos encontramos frente a una de las crisis más grandes que el mundo quizás nunca haya visto y sin querer compararla con la segunda guerra mundial entiendo que es el gran desafío de todos los países enfrentar las consecuencias que trae esta pandemia por COVID-19.

La enfermedad iniciada en China se ha propagado tan rápidamente por más de 100 países en tan poco tiempo que definitivamente, ha cambiado en forma drástica la vida de todos los habitantes del mundo afectando todas las actividades propias del ser humano.

Muchas actividades se han visto perjudicadas, pero lo más significativo es como se afectó la actividad turística en razón del cierre de fronteras de los diversos estados y el impedimento de algunas aerolíneas de arribar en ciertos destinos.

Lo que más se ha escuchado, desde el comienzo, es que el virus viaja en avión y esto seguramente viene como explicación de la rápida multiplicacion de casos desde China, pasando por Europa y finalmente llegando al continente americano.

Los países afectados por el CORONARIUS, tomaron como una de sus primeras medidas la prohibición de volar a lugares considerados de riesgo, ya sea hacia ellos o desde ellos. En forma casi simultánea cerraron sus fronteras y en ese escenario muchos pasajeros, turistas y usuarios de servicios turísticos quedaron varados en el lugar que se encontraban.

La actividad turística quedó paralizada en forma temporal, casi extinguida y sin posibilidad de dar algún tipo de respuesta frente al escenario de incertidumbre mundial.

Con ello, no se puede perder de vista que siguieron una gran cantidad de cancelaciones de paquetes turísticos completos (tengamos en cuenta que existen detras muchos contratos conexos que se vieron afectados) afectando asi a agencias de viajes, hoteles y prestadores turísticos en general.

Un escenario nunca visto, cual si fuera una película de cine catástrofe, hostels, hoteles, cruceros, barcos en general y miles de personas varadas en distintos lugares del mundo sin poder regresar. Y aquí no se trataba solamente del hecho de querer regresar sino la incertidumbre de como podrían hacerlo en una crisis sanitaria a nivel mundial.

Otro problema siguió a esto y fue como llevar adelante la repatriación de miles de argentinos hacia aquí y que medidas debían adoptarse para minimizar el riesgo de contagio.

Lo cierto es que nunca se había visto un escenario tan desolador, miles de fotos se replicaron por los medios televisivos, redes sociales, publicaciones en general de lugares que vivían llenos de turistas y ahora nadie caminaba en ellos, actividades nulas y como

contraste, el avance de numerosas especies animales conquistando por primera vez el terreno que habían perdido.

Actividades económicas golpeadas, algunas reestructurandose y otras en vía de extinción, pero en lo que a actividad turística se refiere entiendo que resulta ser una de las más afectadas. En primer lugar y respecto del mercado interno, por las limitaciones a los viajes impuestas por razones sanitarias. En segundo lugar, por la paralización de la actividad económica nacional, que va a suponer el cierre de empresas y masivos despidos de personal, a raíz de la crisis de la pandemia.

Las aeroíneas por ejemplo, han solicitado ayuda a sus gobiernos, los aviones permanecen en tierra, los precios de la acciones de la aerolíneas han caído estrepitosamente y muchas de ellas están tomando la decisión de retirarse de algunos países donde operan[104] tal es caso de Latam Argentina que acaba de anunciar formalmente que dejara de operar en el país[105].

Las agencias de viaje sufren el pedido de devolución de lo abonado por paquetes turísticos, que se encuentran imposibilitados de afrontar y las pequeñas empresas del ramo solicitan ayuda estatal para no desaparecer.

Como vemos la propagacion del CORONAVIRUS ha desatado una crisis sin precedentes y el escenario resullta complejo por donde se lo mire.

§ 1.1.14.3 Cancelaciones

Los prestadores de servicios turísticos han tomado diversas posturas a la hora de responder frente a las cancelaciones efectuadas por la excepcionalidad dada en el contexto ya descripto.

Tengase en cuenta que cuando uno contrata ese tipo se prestaciones lo hace para realizar un viaje a futuro, de hecho normalmen-

104 https://www.businessinsider.es/coronavirus-impacto-aerolineas-transporte-mercancias-597063.
105 https://jujuyonlinenoticias.com.ar/latam-argentina-anuncio-que-deja-de-operar-en-el-pais/.

te el viaje se paga en muchas cómodas cuotas lo que permite al usuario poder acomodarse a su situación económica y al prestador poder realizar la prestación del servicio conforme lo pactado en cada caso particular y en el tiempo previsto para ello.

Lo cierto es que los prestadores se encontraron con no solo tener que afrontar los problemas de las cancelaciones sino que además estaban los pedidos de reprogramaciónes de viajes, pedidos de repatriación de los que quedaron varados en medio de sus vacaciones y el problema de los que abonaron viajes a futuro y ahora solicitaban la cancelación y la devolucion del dinero.

Diversos fueron los escenarios, y sus posibles soluciones. En principio los operadores de turismo mantenian su rigidez en cuanto a la política de cancelaciones aplicando penalidades a aquellos que ante la inminencia de sus viajes pedian la devolución del dinero abonado. No solo no se barajaba la posibilidad de devolución sino que además debía pagarse una penalidad frente al operador.

Otros pasajeros, solicitaban reprogramaciones, pero lo cierto es que la mayoria de las empresas de turismo se mantenía en silencio. Con el transcurso de los días, las mismas empresas tomaban la resolución de cancelar los viajes motivados en la catarata de cancelaciones de vuelos de las distintas aerolíneas y ante el cierre de fronteras de los distintos países con riesgo. Ya en estos casos cuando las mismas aerolíneas cancelaban los vuelos lo hacían sin el cobro de las penalidades de rigor.

Este relato, permite visualizar el contexto en el cual se presentaron toda clase de problemáticas relacionadas con los viajes programados. Algunos pasajeros transitando, ya en ese entonces, el inminente inicio de lo que seria un viaje de placer transformado en la posible entrada a una pesadilla.

El precedente de una de las posibles soluciones (solo temporalmente) es el caso de las tres actoras de la Pcia. De San Juan que se presentaron a la Justicia y obtuvieron mediante el dictado de una sentencia interlocutoria, una medida cautelar en el marco de un amparo donde se ordenó a las demandadas Falabella Viajes S.A y a Latam Airlines Group la reprogramación del viaje previsto sin el cobro de penalidades o costos extras.

La magistrada consideró razonable la pretención de postergar la realización del viaje para la protección de la salud de las mismas ya que una de ellas de 76 años de edad, se encuentra dentro del rango etario de personas con factores de riesgo y por otro lado en protección de la salud pública por el eventual contagio que podrían propagar en el caso de contraer la enfermedad.

Destacó la magistrada que la suspensión y reprogramación del viaje que reclamaban las actoras, "*es producto de una **fuerza mayor**, ajena a la vountad de las contratantes, ya que cuando suscribieron el contrato el 30/09/2019, no existía siquiera amenaza alguna sobre este virus que ha sido declarado pandemia en estas horas...*"

§ 1.1.14.4 Aplicación del caso fortuito fuerza mayor

Resulta indudable que la aparición del Coronavirus y consiguiente declaración de pandemia resulta ser un hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto no ha podido ser evitado, constituyendo un caso fortuito o fuerza mayor. (Art. 1730 CCyC).

Nadie, absolutamente nadie, pudo preveer su aparición, por lo que tanto empresas de turismo como usuarios se han encontrado envueltos en la imposibilidad de cumplimiento objetivo y absoluto no imputable a los obligados como dice el CCyC. (Art. 1732 CCyC).

En este sentido opera la extinción de aquellos contratos de viajes cuyo cumplimiento se imposibilita por no estar dadas las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar. (Hoy cierre de fronteras, suspensión de vuelos de las aerolíneas, virulencia, puertos cerrados, cruceros con órdenes de no navegar, etc.).

Tal situación permite la excención de responsabilidad de ambas partes por incumplimiento, es decir en los supuestos de cancelaciones de vuelos o estadías hoteleras o de paquetes completos las empresas no son responsables de los daños generados por incumplimiento, pero obviamente deben devolver el dinero abonado por los usuarios. Ni más ni menos.

Por su parte el usuario tampoco es responsable ante las empresas por las cancelaciones efectuadas, de modo que tampoco deben soportar penalidades o multas por cancelación.

Evidentemente es un escenario excepcional que requiere de medidas excepcionales.

En el caso de las aerolíneas la resolucion 1532/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos establece en el inc. a) del art. 12 que en el caso de "incumplimiento de horarios, itinerarios, cancelación de vuelos y denegación de embarques los pasajeros tendrán derecho a la inmediata devolución si correspondiere, del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas."

En el caso de billetes con tarifa "NO REEMBOLSABLE" corresponde la devolucion de la tarifa total del mismo y no solamente la devolucion de tasas e impuestos como intentaron algunas aerolineas en forma incorrecta. **Estamos frente a una prestacion de servicio no otorgada por caso fortuito** con la consiguiente excencion de responsabilidad de ambas partes, es decir un servicio no otorgado que ademas fue cobrado por adelantado.

En los casos de reprogramacion, debe tenerse presente que es un acuerdo de partes. Si no hay un acuerdo con las condiciones ofrecidas por la aerolínea, referidas a cambio de fechas, no pagar penalidades, extender el plazo de vigencia para el cambio, si al pasajero no le satisface en forma suficiente solo le asiste el derecho de exigir el dinero abonado por el pasaje no utilizado.

En el caso de las agencias de viaje, como intermediarias, entre el pasajero y la aerolinea deben gestionar la cancelacion o la devolucion de lo abonado por los pasajeros. Cabe recordar que en el caso traído bajo análisis, la Agencia Viajes Falabella S.A, no respondía los mensajes enviados por las actoras sobre la situación que estaban adoptando los países y las distintas aerolíneas, de modo que tampoco cumplia con uno de los deberes más importantes que es el deber de informar.

¿Cuáles son los problemas a los que se enfrentan las agencias de turismo y las aerolíneas con la pandemia?

Los problemas son varios.

1- Si todos los usuarios que han comprado un paquete se pusieran de acuerdo para exigir la devolución de lo abonado, muchas de las

agencias podrían ir a la quiebra y desaparecer del mercado.

2- Miles de puestos de trabajo se perderían, de hecho el riesgo de pérdida está latente por la incertidumbre existente ante la falta de alguna vacuna que permita liberarnos del virus.

3- Lo mismo sucede con las aerolíneas. Si todos los usuarios decidieran ir por la devolución del dinero sin siquiera dar lugar al ofrecimiento de una reprogramación, correrían la misma suerte.

4- El problema se complica cuando el paquete incluye hoteleria y aéreos. Supongamos el caso de un paquete donde tengo contratado el hotel y los aéreos y el hotel opta por la cancelación de las reservas por un lado, haciendo la devolucion del dinero correspondiente y la aerolinea, por su parte, me ofrece la reprogramación con pasaje abierto por un año. Evidentemente, si no conviene se buscará la forma de que la agencia haga la respectiva devolucion de lo abonado por ese paquete, pero no es tan sencillo pues es de tener en cuenta que el sector atraviesa una crisis a nivel global, no hay dinero, nadie viaja, nadie compra nuevos paquetes, ni siquiera existe la certeza de que los hoteles contratados sigan estando para cuando todo vuelva a la normalidad.

Aqui entiendo, yo, se presenta el mayor problema para las agencias, pues las aerolineas tienen la postura de reprogramar vuelos y los hoteles la de decidir la devolucion. En consecuencia, la agencia debe buscar la forma de no desembolsar dinero (por los billetes aereos) que evidentemente no tiene y si lo tuviera debe mantenerlo y buscar la forma de conciliar posturas con los hoteles, para permanecer en actividad luego de la pandemia.

5- En el caso de reservas por Airbnb y Booking.com, dichas plataformas han adoptado la postura de dar lugar a las cancelaciones y reintegrar el dinero de la totalidad de las reservas, quedando complicado nuevamente el prestador de servicios de alojamiento, quien ya no tiene opcion de brindar vouchers para ser utilizados en otro momento.

6- En Argentina han ofrecido tantas posibilidades de soluciones para los contratos de viaje turísticos como contratos existen. Se ha ido desde querer aplicar multas y penalidades al usuario como,

llevar adelante devoluciones entre un 80 a un 85% del valor del paquete, o de ofrecer devoluciones del total abonado en 120 días, plazos que no encuentran fundamentos legales, etc.

§ 1.1.14.5 Crisis del sector turístico

Como se mencionó a lo largo de este trabajo, todos los sectores de la economia están alcanzados por el efecto CORONAVIRUS, por lo que el sector turístico resulta estar sumamente golpeado, producto del efecto dominó.

Hemos visto como trabajadores, empresas y el sector ha buscado y sigue buscando la forma de concientizar a la población sobre tratar de brindar una flexibilización en cuanto a la forma de resolver la situacion.

Se apela a la concientización de la población sobre no exigir devoluciones en dinero, sin antes evaluar la posibilidad de recibir vouchers, llevar adelante las tratativas para buscar soluciones en conjunto ya que evidentemente ambas partes cargarán con su descontento, pero lo harán luego de haber tratado por lo menos a llegar al mejor reultado posible en un escenario crítico.

En el marco de esta pandemia las agencias de viaje han visto el dictado de numerosos decretos del PEN y resoluciones del Ministerio de Turismo y Deporte de la Nación entre ellas la Resolucion 125, Resolucion 131, Resolucion 133, Resolucion 136, Resolucion 157, Resolucion 194, Resolucion 195, Resolucion 235. Las mismas pueden encontrarse en el sitio web donde dice:

“En el marco de la emergencia económica se habilitó la posibilidad de que las agencias de viaje operen a través de un local virtual en el subdominio “tur.ar” hasta el 31 de diciembre de 2020, en las condiciones previstas en la Resolución N*194/20.

A su vez se autorizó la suspemsión de actividades y el cierre temporario de las agencias de viajes, sin perder su legajo habilitante hasta el 31 de diciembre de 2020, de acuerdo a los requisitos y condiciones exigidos en la Reolución N*195/20”.

En el caso de la extension de responsabilidad a las agencias de

viaje por cancelaciones de las aerolineas entendemos que no debe hacerse con fundamento en el art. 40 de la LDC. Pues la responsabilidad solidaria del Art. 40 de la ley 24.240 ha sido prevista para todos aquellos casos de servicios riesgosos y no de meros incumplimiento hacia el consumidor.

Para casos de incumplimiento contractual podemos utilizar el Art. 10 bis del estatuto consumerista, que prevee opciones en favor del consumidor **salvo caso fortuito o fuerza mayor.** Es decir para este caso de pandemia este incumplimiento ni siquiera genera responsabilidad por el daño ocasionado a las prestadoras. Este incumplimiento obedece por causas extraordinarias entonces, habria una responsabilidad por incumplimiento en la medida que no sea devuelto el precio y el pasajero no hubiera optado por la cambiar las fechas del viaje y aqui es justamente donde pueden verse arrastradas las agencias de viaje.

Contrariamente a la falta de responsabilidad de las agencias de viaje por incumplimiento hay dos sentencias de Camara, la primera en los autos ***Marta Roberto G. y otro c/Longueira y Longueira s/ordinario de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F***, de fecha 4/06/2015 y la otra en autos ***Field, Tamara y otro c/Editando S.R.L y otro s/ Ordinario de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B*** del 5/07/2016.

En ambos casos se condenó a las agencias de viajes en calidad de intermediarias en la cadena de provision de los servicios frente a los usuarios, debiendo responder en forma solidaria con fundamento en el art 40 de la LDC, por los daños derivados de la frustración del viaje por quiebra de la aerolínea.

Ahora bien, en el caso de las millas las aerolineas deberian prorrogar el vencimiento de las millas por todo el tiempo que se encuentre prolongado el efecto de pandemia

§ 1.1.14.6 Necesidad de normas de excepción

Sin lugar a dudas la actividad turisticas fue la primera en sufrir los efectos de las medidas adoptadas por la pandemia por COVID-19.

Los conflictos que fueron y van surgiendo dan lugar a visualizar la pugna existente entre el derecho de los pasajeros a exigir la devolución del dinero abonado por los viajes y/o pasajes y por otro lado la imposibilidad de las agencias de viaje de hacer frente a esas obligaciones.

No contamos con normas excepcionales por lo que, solo, se apela a la flexibilizacion de las condiciones para que, naturalmente, se vayan posponiendo viajes a futuro y no se exija la devolución de los precios abonados.

En otras partes del mundo esto ya fue analizado, con resultados diversos. La corte Europea, por ejemplo, impartió una serie de directrices que dicen que el problema de la pandemia es cuestion extraordinaria que hace que las aerolineas no sean responsables por los daños ocasionados frente a las cancelaciones y, por lo tanto, no deben aportar las multas que estan previstas en el Reglamento 261/2004 CE, pero si están obligadas a devolver el dinero de los pasajes no utilizados siempre.

Las aerolineas incluso se encuentran habilitadas a emitir vouchers para ser utilizados en otro momento, pudiendo además ser transferibles a pedido del pasajero.

Obviamente la aerolínea puede ofrecerlo alternativamente a la devolución del dinero, lo que significa que no puede unilateralmente tomar la decisión de dar ese cupón de viaje sin antes haber ofrecido al pasajero la opción de pedir la devolución del dinero abonado.

En definitiva se debe buscar una solución que permita tanto a las empresas como a los pasajeros poder llevar adelante la contrataciónón, de mutuo acuerdo. Podría ser a lo mejor que las aerolíneas permitan en caso dejar pasajes abiertos, una extensión de los plazos y con compromiso de no cobrar diferencias hacia futuro, de modo de tentar al pasajero a que acceda.

En fin, el tema será sentarse a negociar.

§ 1.1.14.7 Conclusiones

La pandemia por coronavirus constituye un caso de fuerza

mayor que verificado, permite la excención de responsabilidad de ambas partes por incumplimiento, es decir en los supuestos de cancelaciones de vuelos o estadías hoteleras o de paquetes completos las empresas no son responsables de los daños generados por incumplimiento, pero obviamente deben devolver el dinero abonado por los usuarios. Ni más ni menos.

Por su parte el usuario tampoco es responsable ante las empresas por las cancelaciones efectuadas, de modo que tampoco deben soportar penalidades o multas por cancelación.

La búsqueda de soluciones para afrontar los efectos de la crisis dada por la pandemia debe venir de todos los sectores. Tanto los empresas de turismo, como las aerolíneas, sectores hoteleros, el sector gastronómico, y los consumidores han sido afectados sin lugar a dudas, de modo que es primordial buscar conciliaciones de manera conjunta.

Recordemos que el turismo es uno de los grandes generadores de empleo, tanto directo como indirecto por ello es importante adoptar medidas que permitan al sector seguir en pie cuando finalice la pandemia,

El sector turistico presenta dos grandes problemas. El primero afrontar las obligaciones contraidas y, ante el pedido de devoluciones del dinero abonado por viajes, no contar con liquidez. El segundo, transitar esta crisis, permanecer y seguir con la actividad turística a futuro mediante la venta de paquetes de viajes con la incertidumbre lógica de no saber si hoteles, complejos o los lugares ofrecidos seguiran estando en actividad.

A su vez, los usuarios tienen la incertidumbre de contratar hacia futuro cuando no saben si las empresas aún estarán en pié luego de la pandemia o las encontrarán quebradas producto de la crisis.

Entiendo que deberían dictarse medidas de excepción para que las empresas puedan encontrar una salida favorable en un contexto desfavorable, obviamente sin perder de vista a los consumidores, que se encuentran involucrados.

Respecto de la actividad turística, ya será trabajo del Estado implementar estrategias y políticas que permitan que la actividad pueda levantarse nuevamente.

§ 1.1.15 El Fideicomiso no es contrato de estipulación a favor de terceros

Por Sebastián Scoccia. Colegio de Abogados de Bahía Blanca

PONENCIA

Reciente fallo de la Cámara Comercial rechaza una cautelar amparado en que Beneficiario había aceptado la manda fiduciaria y por esa razón, no podía trabarse el mismo. Es un error ya que no precisa aceptación de ese Beneficiario para salir del patrimonio del Fiduciante.

§ 1.1.15.1 Desarrollo

Un reciente fallo de Sala C de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Comercial (Alpern Miriam Susana y otro c/ Franco Adrián Fernando y otro s/ ordinario – incidente de medida cautelar) de fecha 30/9/19, rechazó el embargo sobre un bien del Fiduciante, alegando que el mismo había sido transferido al fideicomiso y los Beneficiarios habían aceptado dicho beneficio.

Menciona que el acto realizado por el transmitente, se asimila a la figura de la estipulación en favor de terceros (arts. 1027 CCCN) y por lo tanto una vez aceptado, siendo que se torna irrevocable para para el Estipulante retrotraer la estipulación, de la misma manera el embargante de la Fiduciante no tendría posibilidad de hacerse del bien.

Agrega que la aceptación del beneficiario es un acto unilateral, que surte efectos desde su declaración, sin necesidad del consentimiento del estipulante. Y, producida la misma, el beneficio se torna irrevocable, por lo que los acreedores de aquél no se encuentran habilitados para agredir el bien.

De esto se deduce que, si los Beneficiarios no llegan a aceptar lo legado en el Fideicomiso, lo transferido fiduciariamente podría retrotraerse por los acreedores del Fiduciante.

o estamos de acuerdo con esta postura. Son varios los artículos del contrato de fideicomiso que dan pautas ciertas que son dos contratos con similitudes, pero no son los mismos.

Por ejemplo, el art. 1671 4to párrafo dice: "El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante." A contrario, el art. 1027 in fine dice: "Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice".

El artículo 1683 expresamente indica cómo se deben comportar los terceros respecto al patrimonio fiduciario UNA VEZ CONFORMADO ÉSTE: "Efectos frente a terceros. El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos." Esto es, una vez transferida la propiedad, no puede ser atacada por los terceros.

Pero más gráfico aún es el artículo 1686 que reza: "Acción por acreedores. Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal".

Este artículo es más que elocuente en lo que al tema se refiere. No hacía falta decir que como había aceptación de beneficiarios, recién luego de dicho acto, la persecución de los acreedores del fiduciante se tornaba inocua.

Nótese la fuerza de la transferencia fiduciaria que de acuerdo al art. 1697, el Fiduciante puede revocar el contrato si ha previsto esta facultad. Sólo de esa manera. Caso contrario, no puede hacerlo. En la estipulación a favor de terceros, expresa-mente dice: "El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida…". Quiere decir que ahí sí, lo puede hacer en cualquier momento mientras no haya aceptado la estipulación el tercero. No

así en el Fideicomiso que la aceptación o no, nula influencia tiene a esos efectos.

Para reforzar más esto, vemos que el Código se esfuerza desmedidamente por conseguir la aceptación o rechazo del Beneficiario en el procedimiento del art. 1.681 para instar por todos los medios posibles que el Beneficiario se manifieste.

Todo esto hace ver claramente que son dos contratos distintos -aunque se parezcan- y que en lo que al caso se refiere, poco hubiera importado si los herederos de la Fiduciante hubieran aceptado o no la manda fiduciaria. Sus acreedores no hubieran podido atacar el patrimonio fiduciario de ninguna manera. Salvo fraude, claro está.

No tendría mayor sentido estipular un fideicomiso a persona por nacer, sa-biendo los riesgos que corren los bienes hasta que dicha persona no nazca y pueda decidir, por ejemplo.

El Código es claro en la fuerza que quiso dar a cada contrato. En el Fideicomiso ha dado mucha más fuerza que en la estipulación a favor de terceros. Dependerá de la entidad que cada transmitente quiera dar a sus bienes que use una figura u otra Pero claramente son dos cosas distintas y en este caso, la Cámara falló mal, más allá que el resultado fue correcto. Pero deja sentada una doctrina judicial equivocada para los casos de Fideicomisos donde los Beneficiarios no hayan aceptado.

Note un terreno donde se construirá un edificio, donde además del fiduciante que pone la tierra, están los que aportan material, dinero, etc. Y los beneficiarios existirán al momento de concretar la compra del departamento. ¿Qué seguridad tienen esos inversores si están pendientes que al dueño del lote no le caiga un embargo? Indudablemente no es esto lo que se quiso instar desde que nació en instituto del Fideicomiso en 1995.

§ 1.1.16 El secuestro en el contrato de *leasing*

Por Paula Gabriela Rivera - Bruno O. Santi Taccari. Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

El procedimiento de secuestro previsto en el art. 1249 del CCyC es diferente al previsto por el Art. 39 de la ley de prenda con registro.

§ 1.1.16.1 Fundamentos

En el presente trabajo se analizará sintéticamente la aplicabilidad y los alcances del procedimiento previsto por el Art. 39 de la ley de prenda con registro a supuestos de ejecución de contratos de leasing celebrados sobre cosas muebles registrables.

Previo a ingresar al tópico es dable efectuar las siguientes consideraciones; en primer lugar, es de resaltar que el contrato de leasing se encuentra regulado a partir del Art. 1227 CCC, resultando que el mismo puede celebrarse sobre cosas inmuebles, muebles – registrables o no- marcas, patentes o modelos industriales y software (Art. 1228 CCC). A la vez, despendiendo el objeto sobre el que se ha contratado, varía el régimen aplicable en caso de ejecución, para inmuebles rige el Art. 1248, mientras que el artículo 1249 recepta el secuestro y ejecución en aquellos casos en que el contrato se ha celebrado en relación a cosas muebles, rezando "Secuestro y ejecución en caso de muebles. Cuando el objeto de leasing es una cosa mueble, ante la mora del tomador en el pago del canon, el dador puede: a) obtener el inmediato secuestro del bien, con la sola presentación del contrato inscrito, y la prueba de haber interpelado al tomador por un plazo no menor de cinco días para la regularización. Producido el secuestro, queda resuelto el contrato. El dador puede promover ejecución por el cobro del canon que se haya devengado ordinariamente hasta el período íntegro en que se produjo el secuestro, la cláusula penal

pactada en el contrato y sus intereses; todo ello sin perjuicio de la acción del dador por los daños y perjuicios, y la acción del tomador si correspondieran; o b) accionar por vía ejecutiva por el cobro del canon no pagado, incluyendo la totalidad del canon pendiente; si así se hubiera convenido, con la sola presentación del contrato inscripto y sus accesorios. En este caso, sólo procede el secuestro cuando ha vencido el plazo ordinario del leasing sin haberse pagado el canon íntegro y el precio de la opción de compra, o cuando se demuestre sumariamente el peligro en la conservación del bien, debiendo el dador otorgar caución suficiente. En el juicio ejecutivo previsto en ambos incisos, puede incluirse la ejecución contra los fiadores o garantes del tomador. El domicilio constituido es el fijado en el contrato".

A su tiempo, y atento al planteo de la presente, cabe recordar el texto del Art. 39 de la ley de prenda con registro nº15348/46 "Cuando el acreedor sea una institución oficial o bancaria, se prescindirá del trámite judicial procediendo el acreedor a la venta de los objetos prendados en la forma prescripta por el artículo 585 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar un juicio ordinario, los derechos que tenga que reclamar al acreedor. Para facilitar la venta prevista en este artículo, ante la presentación del certificado prendario, el Juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El trámite de la venta extrajudicial preceptuado en este artículo, no se suspenderá por embargo de los bienes, ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor".

Ahora bien, dispuestas ambas normas cabe preguntarse si se trata de mecanismos análogos, si la medida de secuestro prevista en los ordenamientos responde a la misma naturaleza, e incluso si el mecanismo consagrado por el régimen prendario resulta aplicable a la hipótesis del leasing.

Nos adelantamos a inclinarnos por la respuesta negativa.

En el artículo 1249 CCC, efectivizado el secuestro, el dador deberá ocurrir por la vía ejecutiva a fin de hacer efectivo el cobro de su crédito, sea hasta la ejecución de la medida (inciso a) o por

el total del contrato (inciso b), supuesto en el que –reforzando la disimilitud de regímenes- el secuestro se supedita a que se encuentre vencido el plazo contractual y no se haya abonado en forma íntegra el canon y el valor de la opción de compra o previo a demostrar el peligro en la demora –específicamente riesgo de conservaci**ón-.**

Por su parte, el secuestro prendario reviste otras particularidades, distintas de la figura consagrada en el Código de fondo. En primer lugar, puede decirse que resulta ejecutorio, pues constituye el objeto mismo del contrato y su procedencia no se "encontraría" -luego aclararemos el potencial entrecomillado- condicionada a otro requisito que la presentación del contrato para obtener el respectivo mandamiento.

En síntesis, con la breve reseña hecha podemos concluir en que se trata de mecanismos distintos, pues:

1.- En el marco de la ejecución del contrato de leasing el secuestro debe ir acompañado del planteo ejecutivo correspondiente. Por su parte, el régimen prendario ha previsto un mecanismo en el cual la labor judicial ha intentado se restringida al máximo (situación que hoy se encuentra plenamente controvertida, contando con un pronunciamiento expreso por parte de la Corte Nacional, reconociendo expresamente su carácter judicial).

2.- En cuanto a la prueba documental que deberá aportarse en uno y otro caso también varía, pues el Art. 1249 exige además del contrato una previa intimación al tomador, ello no sucede en el marco prendario, que se abastecería solo con el contrato. Destacamos, que constituye una cuestión aparte y que excede el marco de esta ponencia, lo atinente a la integración del título base de la ejecución a partir de la aplicación del régimen consumeril, lo que también viene a cuestionar la prueba que consigna tanto el código como la ley especial de prenda.

3.- Subjetivamente la ley de prenda también limita la aplicación del Artículo 39, pues expresamente la ejecución conforme sus términos se encuentra dirigida a entidades oficiales o bancarias. Entes que, si bien son mayoritarios, no resultan privativos en la utilización de la figura contractual en análisis.

4.- Por último, es de destacar que expresamente el artículo 1250 CCC dispone como régimen supletorio aplicable, las normas sobre locación, reservando la aplicación del ordenamiento prendario en lo que hace al aspecto registral (Art. 1235 CCC).

§ 1.1.17 Los conjuntos inmobiliarios preexistentes, la obligación de adecuación y las resoluciones 25/2020 y 27/2020 de IGJ. ¿Son oportunas en tiempos de pandemia?

Por Marcela Fabiana Civallero. Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

A casi cinco años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, aún no se ha encontrado una solución eficaz, equitativa y sobre todo razonable para que los conjuntos inmobiliarios preexistentes puedan llevar a cabo la adecuación que les impone el Art. 2075 tercer párrafo. Las resoluciones de la Inspección General de Justicia recientemente dictadas, lejos de contribuir a allanar el camino, imponen un plazo de dudoso cumplimiento.

§ 1.1.17.1 Introducción

Conforme he escrito en ponencias anteriores en los Encuentros llevados a cabo en los años 2017 y 2019, el Código Civil y Comercial de la Nación, trajo aparejada la problemática de la obligación de adecuarse impuesta por el Art. 2075, tercer párrafo a los conjuntos inmobiliarios, la cual a casi cinco años de su entrada en vigencia, lejos de solucionarse, parece empantanarse aún más.

Como muchos notarios y juristas han destacado, el mayor problema del Art. 2075 in fine estaba dado porque no se imponía plazo de cumplimiento ni sanción a los conjuntos inmobiliarios por el incumplimiento. Asimismo, como notaron profesionales de distintas disciplinas, el gran inconveniente de la mentada adecuación radica en los altos costos, dado que es necesario confeccionar y registrar planos nuevos, realizar nuevas escrituras, entre otras medidas.

Cuando esos conjuntos inmobiliarios preexistentes se constituyeron, utilizaron las herramientas disponibles en el plexo normativo

previo al Código Civil y Comercial de la Nación. Así fue que en algunos casos, el desarrollador eligió un tipo societario, como la Sociedad Anónima, la Asociación Civil o las Cooperativas. En el mismo sentido, otro recurso que se utilizó para suplir la laguna en la ley de fondo, fue la de constituir ese derecho real de dominio como una propiedad horizontal conforme la Ley 13.512 –hoy derogada- o bien como dominio simple con derechos reales de servidumbre de paso, entre otros.

De todas las mencionadas, la forma más utilizada ha sido la Sociedad, ya sea comercial (S.A.) o Asociación Civil, en las que aparece una dualidad mixta de constitución. Coexisten así, por un lado el derecho real de dominio de cada persona respecto de su lote y por otro lado, los derechos personales que rigen las relaciones entre los diferentes dueños respecto al uso de las instalaciones comunes del club, dada su calidad de socios.

Así funcionaron durante décadas y siguen funcionando, pese a que hace casi cinco años incumplen su obligación de "adecuación". Como he manifestado precedentemente, la norma en análisis no impone una sanción expresa, pero la misma llegó por los hechos, al negarle el carácter de título ejecutivo al certificado de deuda por expensas comunes emitido por el administrador de un barrio cerrado o country organizado bajo las formas arriba mencionadas.

En efecto, en el mes de mayo de 2015, tres meses antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó un fallo plenario en autos caratulados "Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo"[106] que culminó con este veredicto: *"No corresponde otorgarle fuerza ejecutiva al certificado de deuda por expensas emitido por un club de campo o barrio cerrado"*.

En idéntico sentido, los fallos de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial han sido concordantes y no confieren el carácter de título ejecutivo al certificado de deuda por expensas emitido por

106 "Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo" Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (EnPleno) Fecha: 04/05/2015.

el administrador de un country o barrio cerrado[107].

En este escenario, es que llegan las Resoluciones Generales 25/2020 y 27/2020 de la Inspección General de Justicia (IGJ), que pueden ser calificadas en una primera mirada como poco oportunas.

§ 1.1.17.2 Desarrollo

La Resolución 25/2020 de IGJ cuenta con extensos considerandos en los cuales el Director General de Justicia expone las circunstancias por las cuales a su entender se hace necesaria la urgente adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, en cumplimiento de lo establecido en el Art. 2075 3er. Párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, y sin entrar a analizar las cuestiones relativas a la aplicación del Art. 2075 del Código Civil y Comercial a situaciones jurídicas ya consolidadas, y conforme la interpretación del Art. 7 de dicho cuerpo legal que han realizado destacados doctrinarios, ya que en este caso estaría permitida la aplicación retroactiva de la norma, lo cierto es que esta obligación de adecuación dentro de un plazo perentorio con expresas sanciones resulta poco oportuna, presentándose varias cuestiones a tener en cuenta.

§ 1.1.17.3 Análisis de las Resoluciones 25/2020 y 27/2020 de la Inspección General de Justicia

Ante todo cabe destacar que en sus Considerandos, la Resolución 25/2020 hace hincapié en la forma que han adoptado los conjuntos inmobiliarios inscriptos en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, conforme lo expone la Resolución 25/2020 en sus Considerandos: "…la compulsa de los registros internos de esta Inspección General de Justicia revela la existencia de más de cuarenta "clubes de campo", que permanecen organizados en forma

107 "Altos de los Polvorines S.A. c/ Castaño, Mariana s/ Ejecutivo" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 13/10/2016.

de sociedades anónimas, aunque funcionan bajo la figura legal de "asociaciones bajo forma de sociedad", las cuales se encuentran previstas en el artículo 3º, de la Ley Nº 19.550, y que han dado lugar - habida cuenta la imposibilidad de compatibilizar los regímenes legales de las sociedades con las asociaciones civiles - a múltiples dificultades en torno a su funcionamiento, habiendo originado asimismo graves conflictos internos en el seno de las mismas y que en un número importante de casos han trascendido el ámbito interno del club de campo para dirimirse en los tribunales. …Que, finalmente, las "asociaciones bajo forma de sociedad", peligrosa horma bajo el cual se encuentran actualmente organizados la abrumadora mayoría de los clubes de campo, no pueden hoy configurar el molde jurídico para regir las relaciones entre los miembros de estos conjuntos inmobiliarios pues, como surge de la Ley General de Sociedades en su artículo 1º - incluso ex post de la Ley Nº 26.994 -, el concepto de empresa o "hacienda empresaria" subyace detrás del encuadre jurídico societario, como fundamento, contenido y sustrato de ese marco legal, por lo cual no habría desde el punto de vista de la definición que brinda dicha norma, una sociedad sin un emprendimiento o sin un negocio en actividad que requiera la forma estructural de la sociedad. Si a ello se le suma que, teniendo en cuenta que el objeto preciso y determinado se encuentra no solo regulado por el artículo 11, inciso 3º, de la Ley Nº 19.550, sino también en la parte general de personas jurídicas (artículo 156) del Código Civil y Comercial de la Nación, es de toda evidencia que el legislador ha querido que las asociaciones civiles tengan una actividad encuadrada en un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común, de lo cual surge, con igual convicción, que las conocidas "asociaciones bajo forma de sociedad" carecen actualmente de validez, pues las sociedades denominadas "patrimoniales" no podrían subsistir ya que no tendrían ninguna actividad, toda vez que sólo poseer bienes no encuadra precisamente en la fórmula utilizada por el artículo 1º, de la Ley Nº 19.550, en cuanto requiere que toda sociedad se dedique a la "producción e intercambio de bienes y servicios", dado que sólo poseer bienes no es precisamente "producción e intercambio de bienes o servicios", ni desarrollar una actividad encaminada al bien común o al interés general (conf. RODRÍGUEZ-ACQUARONE,

VOLVER A ÍNDICE

PILAR MARÍA, "Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación", Revista del Notariado Nº 920, C.E.C.B.A., Bs. As., 2016)"[108].

Con este marco, la Inspección General de Justicia resuelve:

a) Artículo 1: Otorgar un plazo de 180 días *(en principio, luego ampliado a 360 días por la Resolución General IGJ N° 27/2020, publicada el 22/05/2020)*, a partir de su publicación en el Boletín Oficial a los Clubes de Campo y a todo otro conjunto inmobiliario, organizados como asociación bajo forma de sociedad (artículo 3°, Ley N° 19.550), o como asociación civil, para que en cumplimiento del artículo 2075, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación, adecuen su organización a las previsiones normativas que el mismo contiene para ellos en su Libro IV, como derecho real de propiedad horizontal especial en el Título VI y conforme lo normado en el Título V para el derecho real de propiedad horizontal en general.

Como vengo sosteniendo, el plazo otorgado en principio de 180 días y luego extendido a 360 días resulta poco oportuno en tiempos de aislamiento preventivo, social y obligatorio motivados por la pandemia del COVID-19. Resulta evidente que la propia IGJ tomó debida nota de la imposibilidad fáctica de realizar la tramitación necesaria para la adecuación por parte de los conjuntos inmobiliarios en este contexto de aislamiento con organismos públicos funcionando mínimamente. En el mismo sentido, en ese plazo deberían realizarse planos de mensura, inscripciones en la Dirección de Catastro de la Provincia de Bs. As., en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia. de Bs. As, otorgar escrituras, entre otros trámites que se tornan de cumplimiento imposible dadas las medidas adoptadas por el P.E.N. que restringen la movilización de la población. No podemos soslayar que la gran mayoría de clubes de campo inscriptos en CABA se encuentran situados en territorios de la Provincia de Buenos Aires.

Comparto la postura del Dr. Nissen en cuanto a que la organización de los conjuntos inmobiliarios como "asociaciones bajo la forma

108 Considerandos de la Resolución 25/2020. B.O. 20/05/2020.

de sociedad" (Art. 3 Ley General de Sociedades) no puede subsistir por siempre dado que dichas sociedades no producen ni intercambian bienes y servicios, siendo su objeto incompatible con la Ley 19550. Es cierto que la mayoría de estas asociaciones, registran objetos tales como "dominio y administración de espacios comunes y régimen de expensas" o similares, como también es real que con esas constituciones se ha forzado la ley pues no tienen un fin de empresa o negocio. Pero no debe dejarse de lado que al momento de su creación, esos emprendimientos buscaron entre las herramientas que el plexo normativo les proporcionaba y las adecuaron. Muestra de ello, fue que al momento de su constitución la Inspección de Personas Jurídicas las ha inscripto como tales.

Claramente, no es un traje a medida. Por el contrario, presenta varios defectos, que deben ser subsanados y adecuados, en especial desde la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, hace casi cinco años. La realidad nos indica lo engorroso y costoso a nivel económico que dicha adecuación resulta, por lo cual a mi entender se hace necesario el dictado de una ley nacional que clarifique y unifique criterios a seguir en la materia. De lo contrario, tendremos tantas reglamentaciones como jurisdicciones tiene nuestro país.

b) Artículo 2: Presentadas ante este organismo las constancias de la inscripción de la adecuación en el registro inmobiliario correspondiente, podrá ser cancelada la inscripción registral de la asociación bajo forma de sociedad una vez acreditada la inexistencia de pasivos en cabeza de la misma, o bien la asunción de los mismos, incluidos pasivos contingentes, por parte del consorcio de propietarios.

Artículo 3: El incumplimiento de la acreditación de la adecuación dentro del plazo indicado en el artículo 1°, salvo que el mismo resulte excedido por el normal cumplimiento del trámite, hará pasibles a los administradores y sindicatura de la sanción de la multa contemplada en el artículo 302 inciso 3° de la Ley N° 19.550, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran proceder.

No ofrece mayor problema el artículo 2 en cuanto a la cancelación de la inscripción de la sociedad, una vez acreditada la adecuación

en cuestión y con ausencia de pasivo o asumido por parte del consorcio de copropietarios.

El artículo 3 contiene las sanciones en caso de incumplimiento de la acreditación de la adecuación dentro del plazo otorgado por la Resolución. Antes de transcurrido el plazo, deberán los representantes legales de las sociedades afectadas por esta Resolución, acreditar el cumplimiento de la obligación de adecuarse, contemplándose la posibilidad de que dentro de ese lapso de tiempo no se haya llegado a culminar la adecuación, caso en el cual la sociedad deberá hacer saber a la IGJ esa circunstancia, con las constancias que así lo acrediten.

En caso de incumplimiento de la adecuación y no habiendo justificado debidamente que el trámite se encuentra demorado por razones no imputables a la sociedad, se aplicará una sanción.

Dicha sanción se aplicará a los administradores y/o sindicatura y consiste en la multa prevista por el Art. 302 inc. 3° de la Ley General de Sociedades, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran proceder. Esa norma establece pena de multa a la sociedad, sus directores y síndicos, las cuales no podrán ser superiores a $ 100.000- en su conjunto y por infracción (conforme se actualizó por Res. 177/2015) y se graduarán según la gravedad de la infracción y el capital de la sociedad. Cuando se aplique a directores y síndicos, la sociedad no podrá hacerse cargo de dichas multas.

La obligación de adecuación contenida en el 3er. Párrafo del Art. 2075 del Cód. Civil y Comercial encuentra en esta Resolución de la Inspección de Justicia un plazo de cumplimiento y a la vez una sanción en caso de que no se acate la misma. Esos dos extremos son los que faltan en la norma nacional, habiendo existido proyectos de ley tendientes a subsanar ello y facilitar a los conjuntos inmobiliarios la adecuación.

No cabe duda que la Resolución bajo análisis pretende legislar en exceso de sus facultades. En efecto, la obligación de adecuación está contenida en una Ley Nacional (Código Civil y Comercial de la Nación) mientras que la Resolución de la Inspección General de Justicia se encuentra muy por debajo en la pirámide jurídica, por tratarse de una resolución de un organismo dependiente del Minis-

terio de Justicia y Derechos Humanos.

En consecuencia, y como sostiene el Dr. Rafael Manóvil "respecto del rol de la IGJ, debe recordarse que ella emite normas de quinta categoría jurídica: constitución, ley, decreto, resolución ministerial y resoluciones de la IGJ. …La facultad que tiene la IGJ o cualquier organismo equivalente en el plano provincial es la de reglamentar cuestiones prácticas de procedimiento, mas no la de legislar, ya sea modificando, agregando o ampliando o derogando lo que dicen las leyes"[109].

c) Artículo 4: La Inspección General de Justicia no inscribirá actos societarios emanados de las sociedades mencionadas en el Art. 1° de esta Resolución General y que tiendan a desvirtuar o frustrar los fines de la misma.

Finalmente, la resolución preveé cualquier intento de esquivar la obligación que se impone a los conjuntos inmobiliarios preexistentes, de la mano de la "creatividad" de sus asesores.

§ 1.1.17.4 Conclusión

En mi opinión, la obligación de adecuación establecida en el 3er. Párrafo del Art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación adolece de varios defectos, toda vez que como he expresado, no pone un plazo para su cumplimiento, ni prevé una sanción por incumplimiento a esa obligación, sin olvidarnos de las múltiples dificultades prácticas. Pero ello no justifica que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ponga en cabeza de dichas Asociaciones o sociedades una obligación perentoria de cumplimiento que si no es imposible, será sumamente costoso en lo económico y engorroso en lo práctico.

En el mismo orden de ideas, no puede una resolución de IGJ modificar una Ley nacional, destacando asimismo, que existirán tantas maneras de adecuar como provincias tiene nuestro país, generando un caos administrativo.

109 Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 13, agosto de 2012. Universidad Di Tella, Escuela de Derecho, entrevista al Dr. Rafael Manóvil.

Sin perjuicio de las facultades que los municipios y las provincias tienen sobre los conjuntos inmobiliarios situados en sus jurisdicciones, es indispensable una cierta uniformidad en todo nuestro país y máxime cuando la obligación de adecuar está ordenada por una ley nacional.

Existen algunos proyectos legislativos para modificar el Art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación, tendientes a subsanar las falencias ya mencionadas de esta norma. Va de suyo que ello no puede ser regulado por una Resolución administrativa.

En consecuencia, considero que la Resolución de IGJ excede sus facultades reglamentarias, en exceso de la razonabilidad que es dable esperar estos tiempos de aislamiento social y obligatorio, pudiendo calificarse a la misma, en una primera lectura y sin analizar su dudosa constitucionalidad, como poco oportuna.

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

DERECHO EMPRESARIO Y COMERCIAL GENERAL

Derecho del Consumidor

dyd
eBooks

CAPÍTULO 1

DERECHO EMPRESARIO Y COMERCIAL GENERAL

§ 1.2 Derecho del Consumidor

§ 1.2.1 Apuntes sobre comercio electrónico, responsabilidad civil y defensa del consumidor

Por 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 del intermediario en el comercio electrónico en redes abiertas, ofreciendo soluciones generales para todo tipo de contratos, y con mayor especificidad en los supuestos de los "contratos electrónicos de consumo".

§ 1.2.1.1 Introducción. Antecedentes del tema y su contextualización.

A partir de la aparición del comercio electrónico, tanto en redes abiertas y cerradas, se produjeron estudios para entender su funcionamiento, efectos y responsabilidades de los operadores, en el marco contractual, dado que sus operaciones fueron primariamente pensadas como "contratos a distancia". Todo ello en función de la complejidad derivada del uso de la tecnología electrónica, en permanente evolución.

La cuestión originó análisis en la doctrina nacional y extranjera, y también aparecieron criterios legislativos específicos, especial-

mente en la Unión Europea. La cuestión también fue parcialmente regulada en nuestro país con la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015, puntualmente en relación a los denominados "contratos electrónicos de consumo" y la aplicación del Sistema de Defensa del Consumidor. Además, se emitieron fallos, antes y después de la sanción del nuevo código, en muchos casos tomando los criterios derivados del Derecho Comparado para resolver los conflictos suscitados, y de esa manera establecer los parámetros para delimitar la responsabilidad de los operadores.

En los Encuentros de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires se han presentado variados y profundos estudios sobre el tema, con ponencias presentadas y discutidas en las reuniones plenarias con amplia participación.

Siguiendo estos estudios sobre los elementos emergentes del fenómeno del "e-commerce", se han propuesto conceptos aproximativos muy útiles para iniciar el análisis de su perfil jurídico.

Así se ha definido al comercio electrónico como el *"Conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos o digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, incluyendo sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global, utilizando redes informáticas…que permite crear un mercado electrónico virtual … operado por ordenador a distancia de productos…"* (Luciana Scotti).

Este concepto aproximativo resulta muy interesante para resaltar algunos aspectos del fenómeno.

La idea de "*conjunto de transacciones comerciales y financieras"*, nos permite sostener que el comercio electrónico se trata de un "proceso", es decir, nos habilita a pensar las operaciones como un conjunto de actos (actividad), concatenados y enlazados por su finalidad común. Y así, ahondando el análisis, podemos distinguir actos y conductas existentes en la "pre-transacción", otros actos y conductas existentes al realizarse la operación, y otros actos y conductas existentes en la "post-transacción". Esta idea de proceso se constituye como el primer punto de conexión con la aplicación a estos supuestos de Teoría de las Redes Contractuales y los

Contratos Conexos, que como luego desarrollaremos, es el núcleo de la ponencia.

Dos elementos del fenómeno explicitados en la definición nos colocan en la cuestión específica que nos ocupa. En primer lugar la utilización de *"medios electrónicos o digitales",* que implica la existencia de contratos "a distancia". Es decir, operaciones simultáneas en el tiempo, pero cuyos sujetos no se encuentran presentes en el mismo lugar físico al realizarse, y además, el contenido de las operaciones es *conocido y aprendido* por las partes exclusivamente por medios digitales (textos y especialmente por instrumentos audiovisuales). Estas aristas, generan sus propios efectos jurídicos, muy especialmente en materia de la defensa de los derechos de los consumidores, por aquello de la existencia de una "*deber de información agravado*" en cabeza de los sujetos que operan en el sistema como proveedores de productos.

En segundo lugar, la utilización de redes de comunicación electrónicas, especialmente por Internet, que pueden ser *"abiertas o cerradas",* hace necesario distinguirlas justamente para diferenciar su composición y funcionamiento, que producen, a su vez, disímiles y profundos efectos jurídicos. No obstante destacamos características comunes a ambos tipos de redes, tales como, su desarrollo por el impacto de la "Revolución Tecnológica", la expansión del fenómeno de las comunicaciones, la globalización de los negocios, la celeridad en las transacciones, la mundialización de la cultura del consumo, la aparición de nuevos paradigmas jurídicos de protección, la renovada importancia de la buena fe en las operaciones, etc.

En las *redes cerradas*, en donde históricamente nació el comercio electrónico, se destacan las siguientes notas: solamente participan *sujetos que realizan su actividad económica en forma organizada y profesional* (empresarios individuales y colectivos); dichos sujetos poseen *pleno conocimiento* de la calidad y solvencia de los otros sujetos, del contenido u objeto de las operaciones y de los productos (comerciales o financieros) que allí se intercambian, y también de la forma de operar en dichas redes cerradas. Este acabado conocimiento descripto genera que la *Buena Fe* inherente a su funcionamiento, se vea sostenida por la *confianza* ínsita

al sistema, y con ello se obtenga *seguridad y celeridad* en las transacciones.

En cambio, en las *redes abiertas*, parecen además de los sujetos empresarios, los *consumidores*; y se destacan algunas características determinantes tales como libre accesibilidad, deslocalización, intangibilidad, atemporalidad, internacionalización, etc.. Claramente los consumidores y otros operadores menores no poseen un acabado y pleno conocimiento de los sujetos intervinientes, del contenido de las operaciones y de la forma de operar en dichas redes. Por ello, mirada la cuestión en forma global, dicho desconocimiento genera *pérdida de confianza y pérdida de seguridad* en las relaciones, y por lo tanto, la presencia de la Buena Fe, fundante del sistema, adquiere vital importancia, porque las bases de dicho principio se ven disminuidas, por aquella determinante *"incertidumbre"*.

A partir de estas premisas, a nivel mundial, regional y nacional se han dictado diversas regulaciones generales y específicas, y por ello aparecen normas internacionales tales como las establecidas por la OMC, la UE, el MERCOSUR y la propia ONU, sí como la CIDIP. En nuestro país, el bloque de legalidad objetivo aplicable, además de los principios propios del Derecho Mercantil moderno, se puede determinar a grandes rasgos de la siguiente manera: CN (arts. 14, 16, 17, 19, 20, 28, 31, 33, 42, 75 inc. 22, y c.c.), CC y C, Ley 25.065 de Tarjeta de Crédito, Ley 25.506 de Firma Digital, LDC ("Sistema"), leyes complementarias, resoluciones administrativas, etc.

La problemática consiste en resolver la forma y alcances de atribución de responsabilidad a los proveedores e intermediarios en supuestos de incumplimientos en operaciones de comercio electrónico en redes abiertas, tanto en contratos paritarios como en el supuesto de los contratos de consumo La presente ponencia está dirigida a sostener la aplicación, como uno de los puntos de partida del análisis de los conflictos generados, de la *Teoría de las Redes Contractuales y Contratos Conexos (arts. arts. 1073, 1074, 1075 CC y C)* para delimitar los alcances de la responsabilidad civil de aquellos. Asimismo, problematizar puntualmente su uso en materia de los llamados "contratos electrónicos de consumo".

§ 1.2.1.2 Los contratos "electrónicos" de consumo. Paradigmas y presupuestos del análisis en materia de Defensa del Consumidor

Si para evitar pensar en el vasto mundo jurídico con preconceptos, se trata de omitir expresar posiciones filosóficos-políticas que enturbien la mirada, no es menos cierto que pensar el Sistema de Defensa del Consumidor, obliga a remitirnos a una mirada filosófica que apegada a valores de co-existencia humanista compartidos socialmente, impregne los análisis, en la búsqueda del cuidado de las personas, de su dignidad y sus derechos, personas humanas que asumen el rol de consumidores en el mercado, específicamente en el ámbito del "comercio electrónico".

Y esta mirada se completa, asumiendo el "estándar de protección" – dimensión central del Orden Público, que se implica con las dimensiones de coordinación y dirección tal como se viene estudiando por parte de la doctrina desde hace más de dos décadas -, dirigido a los consumidores como "sujetos de derechos".

Al respecto el propio Código Civil y Comercial fija legislativamente el entorno del análisis al hablarnos del denominado *"consumo sustentable"* (ver: art. 1094 CC y C), noción que se conecta con otros perfiles tales como el cuidado del medio ambiente, de la salud, de la equidad en las relaciones de consumo, etc.

Resta señalar en esta breve introducción que en la problemática planteada, se actualizan las nociones de relación de consumo – veremos que cuando interviene un intermediario por medios electrónicos el contenido es más amplio -, tomada en el art, 42 de la C.N., en el art 3 de la LDC y en el art, 1092 del CC y C; de contrato de consumo como categoría diferenciada (art. 1092 del CC y C); y los derechos de trato digno, no discriminación, libertad de contratación y derecho a la información, que se revela en esta problemática, -como la otra cara de la misma moneda-, como un deber legal-contractual de información *agravado* (arts. 4 y c.c. de la LDC y art. 1100 del CC y C).

El "contrato electrónico de consumo" (CEC en adelante), está regulado en el CC y C como una "modalidad especial" de los contratos de consumo, dentro de la especie de los contratos de consumo "a distancia" (art. 1105 del CC y C; art. 33 de la LDC),

que implican ser celebrados "sin presencia física de las partes". En el caso de los CEC (art. 1106 del CC y C) se hace referencia a su celebración por la utilización de "medios electrónicos".

Y así el CC y C regula en los artículos siguientes diversos aspectos del CEC:

- En cuanto a la *forma* se establece el soporte magnético (art. 1106 CC y C), que suplanta a la forma en soporte papel;
- Se determina un d*eber de información especial o agravado* para los *proveedores y/o intermediarios* (arts. 1100, 1107 CC y C; art. 4 LDC; Res. 21 GMC/ 2004), en cuanto al contenido del contrato, a la facultad de resolver o "revocar" en cabeza del consumidor, en la forma de utilizar el medio electrónico elegido (plataforma), y una descripción que permita comprender al consumidor quién es el sujeto que asume los riesgos de la operación.
- Se regula la *vigencia de la oferta* y se impone la obligación de *confirmación de la llegada de la aceptación* por el proveedor (art. 1108 CC y C).
- Se establece como *jurisdicción* el lugar de cumplimiento -lugar que se recibió o debió recibirse la prestación- (art. 1109 CC y C).
- *NO se admite prórroga* de jurisdicción (art. 1109 CC y C).
- Se dispone la *facultad* y el p*rocedimiento de "Revocación"* (arts. 1110 al y 1116 CC y C; art. 34 LDC). Este "derecho de arrepentimiento" puede ponderarse críticamente como una condición resolutoria "potestativa", como una rescisión unilateral habilitada o como un sistema de extinción propio de los CEC.
- Se impone un *plazo de* 10 días contado desde la celebración del contrato o desde la entrega del bien para hacer valer la prerrogativa. Se justifica dogmáticamente como un "plazo de reflexión".
- Se establece que su *forma* podrá ser por escrito o por

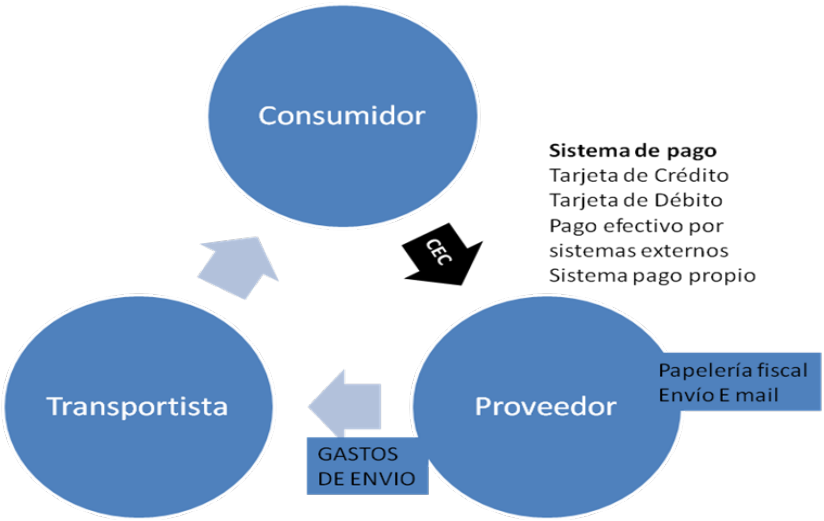
medios electrónicos

- En cuanto a sus *efectos* se determina que no existirá responsabilidad en cabeza del consumidor, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones recíprocas de restitución. Asimismo, se legisla sobre la imposibilidad de devolución de la cosa y los gastos de devolución
- Asimismo se dispone la *irrenunciabilidad* anticipada de la facultad.
- Finalmente es establecen las *excepciones al derecho de revocación* (art. 1116 CC y C). Como nota vale consignar que en el derecho europeo existe una lista ampliada de excepciones.

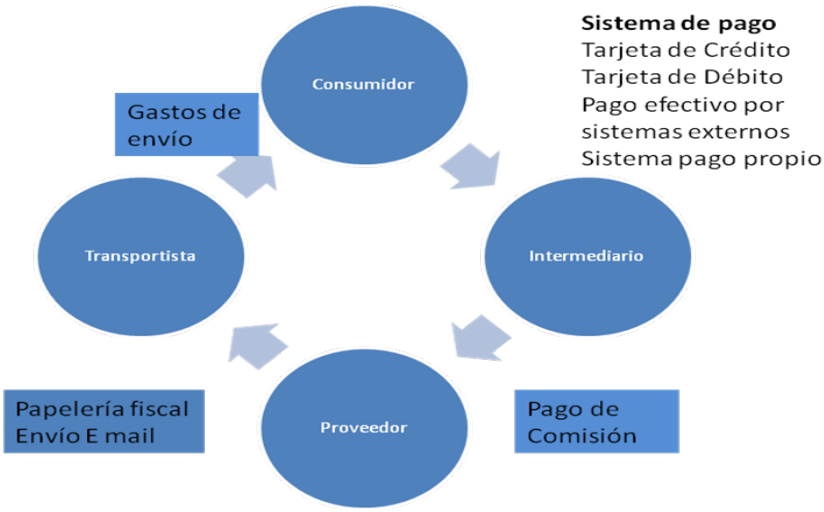
No obstante estas especificaciones técnicas, resulta muy importante destacar que existen dos formas básicas de operar: a través del portal de un *proveedor* o a través del portal de un *intermediario*. Y aquí comenzamos a desarrollar el núcleo de la ponencia.

Queda claro que ambas operatorias tienen características comunes, sin perjuicio de destacar sus diferencias.

PROCESO EN EL PORTAL DEL PROVEEDOR



PROCESO EN EL PORTAL DEL INTERMEDIARIO



Esta descripción de las operatorias como "procesos" nos va a permitir desarrollar la hipótesis de análisis preliminar, frente a la existencia de conflictos derivados de incumplimientos de las obligaciones asumidas por las partes.

§ 1.2.1.3 Situaciones de incumplimiento. Responsabilidad. Factores de atribución. La aplicación de la Teoría de las Redes Contractuales y los Contratos Conexos.

Frente a una hipótesis o supuesto fáctico de incumplimiento total o parcial del CEC, - sin perjuicio de la facultad de revocación concedida legalmente al consumidor "ad nutum" o sin expresión de la causa que la justifique-, puede ocurrir también que el consumidor ejerza la facultad, expresando la causa del mentado incumplimiento. En los supuestos de aceptación de la revocación por parte del proveedor o del intermediario, y generados sus efectos, - entre ellos, el cumplimiento del deber recíproco de restitución de lo recibido por las partes, siempre sin responsabilidad alguna para el consumidor, el denominado "backcharge" cuando se formaliza el pago por medio del sistema de tarjeta de crédito, que merece especial atención y cuidado por las partes, etc.-, el conflicto puede

quedar solucionado sin mayores daños, salvo la pérdida del tiempo razonablemente necesario para que se efectivicen las consecuencias antedichas. Las propias plataformas despliegan posibilidades electrónicas de ejercicio de la facultad de revocación, con o sin causa, y en algunos casos ampliando los plazos de ejercicio por parte del consumidor.

No obstante, cuando el proveedor o el intermediario no aceptan la validez jurídica de la revocación operada, y el consumidor que ha cumplido parcial o totalmente con sus obligaciones de pago, se enfrenta al incumplimiento del contrato y vulneración de sus derechos, distintas situaciones pueden generarse y deben resolverse, ya sea frente al proveedor, al intermediario o frente a ambos.

Naturalmente *si la operación se realizó en el portal del proveedor en forma directa,* se despliega el dispositivo general del sistema de responsabilidad civil previsto en materia contractual, y las normas del Sistema de Defensa del Consumidor, especialmente en lo atinente al cumplimiento o no del deber de información especial o agravado impuesto legalmente, dentro de las conductas "pre-operación" del proveedor propias de este tipo de procesos como se describía más arriba, No obstante, se destaca que el contenido de la relación de consumo se amplía o extiende, en cuanto la información debe estar referida además a la manera de operar la plataforma, y a la descripción suficiente de la transacción para que el consumidor adquiera pleno conocimiento de los riesgos que existen al hacerse la operación, y conozca plenamente qué parte los asume, tal como expone el CC y C. Se agregan algunas otras notas en este tipo de operaciones a tener cuenta, ya que si el pago se realizó mediante tarjeta de crédito, el art. 43 de la LTC establece que el "organizador", y por extensión la entidad bancaria emisora – tratándose de una tarjeta "bancarizada" – quedan ajenos a los efectos de los conflictos entre el proveedor y el usuario de la tarjeta, impidiéndose revocar la orden de pago o cargo en el resumen de la tarjeta emitida por el usuario, cuestión absolutamente discutible, y de escasa validez constitucional frente al estándar de protección del sujeto consumidor, y la aplicación del Principio del Orden Público en sus tres dimensiones.

Pero, si en principio parecería razonable extender estos criterios sin más a los supuestos en que la *operación se realizó por medio del portal de un intermediario,* la cuestión no parece tan nítida en su resolución. En forma preliminar cabe advertir que a diferencia del supuesto analizado anteriormente, aparecen al menos dos relaciones de consumo con distinto alcance y contenido: una vinculación entre el consumidor y el intermediario, y otra vinculación entre el consumidor y el proveedor. En algunos casos puntuales no pueden dejar de observarse otras relaciones de consumo, v gr., transportistas, "service", colocadores, etc. Sin dudas todos ellos son parte de la cadena o proceso de comercialización.

Frente a los conflictos suscitados, se han emitido fallos y se ha sostenido en la doctrina, que por aplicación del art. 40 de la LDC, existiría una responsabilidad solidaria y objetiva, frente al consumidor, en cabeza de todos los intervinientes de la cadena de comercialización. Es decir se intenta traspolar la responsabilidad por productos elaborados a situaciones harto disímiles por naturaleza, asimilando el riesgo o vicio de la cosa productora de daños, con la idea que el comercio electrónico, porque su sola operación, generaría un riesgo, es decir que se trataría de una actividad riesgosa, que permitiría atribuir la responsabilidad solidaria y objetiva predicada, sin perjuicio de las acciones regresivas y de delimitación de responsabilidad interna entre los propios intervinientes de la cadena. Esta posición no resulta razonable, y a entender de este ponente se trata de una interpretación extensiva irregular e ilegal de la norma del art. 40 LDC.

Por otro lado, siguiendo el sistema europeo, se han emitido fallos en que se ha procurado distinguir en cada caso concreto, cómo fue la actividad del intermediario en la operación, en qué consistieron sus conductas antes, durante y luego de la operación, es decir cuáles fueron sus conductas en todo el proceso. Así se ha diferenciado que si el intermediario actuó como mero anunciador de la explotación comercial o industrial o de servicios del proveedor, cumpliendo una actividad solo de publicidad, y la operación culminó celebrándose entre el proveedor y el consumidor, por fuera de la plataforma del intermediario, es decir por otros canales electrónicos o personales, el intermediario no posee ninguna clase

de responsabilidad. Se toma como parámetro si ha existido una *conducta activa* o no del intermediario en la transacción, v gr, entre otras, si se utilizaron o no los sistemas de pago internos propios de la plataforma del intermediario. Esta solución aparece, en principio, razonable y adecuada a los principios fundantes del sistema contractual y de responsabilidad civil. Se advierte que en este supuesto se utiliza como factor de atribución de responsabilidad un criterio *subjetivo, y se desplaza la posibilidad de establecer sin más una responsabilidad solidaria con el proveedor u otros intervinientes.*

Empero hay supuestos de incumplimiento en los cuales no se logra delimitar "ab initio" con precisión fáctica y jurídica, la responsabilidad de los operadores no consumidores, y sus defensas – propias de las relaciones internas – son argüidas por uno u otro, tratando de deslindar responsabilidades frente al consumidor, integrante de la relación externa. Ante estos supuestos fácticos se postula en esta ponencia la aplicación de la *Teoría de las Redes Contractuales y los Contratos Conexos, conforme lo previsto en los arts. 1073 al 1075 del CC y C, que aunada a otros principios básicos o supra-conceptos del Derecho Privado patrimonial, y a los principios y normas del Sistema de Defensa del Consumidor, a través de una interpretación razonable y dentro del denominado "Diálogo de las Fuentes", acercan luz en estas problemáticas.*

En efecto, partiendo de la existencia de contratos y relaciones de consumo aparentemente autónomos, y conductas de diversos sujetos diferenciados e independientes, económica y jurídicamente considerados, la *finalidad común* de las operaciones permitiría establecer una *conexidad* de entidad suficiente para *vincular los efectos de todos los contratos y la co-responsabilidad consecuente de los co-contratantes* . Aquí aparece como criterio de interpretación la función económica del *proceso contractual* que engloba a todos los contratos celebrados. Existente entonces una "red contractual" por los "contratos conexos" descriptos, el art. 1075 del CC y C establece que un contratante puede oponer todas las defensas y acciones a su alcance frente a las inejecuciones que

surjan de otros contratos[110].

Y a su vez, ponderando en los casos concretos, la aplicación de la Teoría de la *"Apariencia"* basada en el principio de Buena Fe contractual, se puede claramente atribuir responsabilidad subjetiva a todos los operadores, imponiendo responsabilidad solidaridad como sujetos pasivos plurales de sus obligaciones frente al consumidor. Esa "apariencia" – ya estudiada en el Derecho Privado en general pero especialmente en el Derecho Comercial europeo y argentino con notable énfasis -, importa atribuir responsabilidad a quien sin ser exclusivamente el "dueño" del negocio o único titular del interés económico del mismo, realiza una actividad con la cual aparenta poseer y brindar seguridad, solvencia y calidad, y con ello crea *"confianza"* de ser el titular responsable del negocio, y que en nuestro caso es, co-generada y compartida tanto por el proveedor como el intermediario,

Desde esta perspectiva, completan el análisis otros estándares jurídicos sustanciales y procesales. Por un lado, el principio de la atribución de responsabilidad agravada a quien posee un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de la operación, o en su caso por la *especial "confianza"* existente entre las partes (art, 1725 del CC y C)[111].

Por el otro, la aplicación del art. 53 de la LDC que establece la inversión de la carga de la prueba en materia de analizar la responsabilidad por los daños sufridos por un consumidor, y especial-

110 **Artículo 1075.** "Efectos. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común."

111 Artículo 1725. "Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente."

mente al intentar probarse el nexo de causalidad entre la conducta que origina el incumplimiento y el daño. Este criterio además recibe una especial ponderación a nivel procesal con la aplicación de la figura de las "cargas dinámicas de la prueba", que se revela como principio rector en cuestiones vinculadas a la defensa de la dignidad y de los derechos de los consumidores, y que en materia de comercio electrónico, resulta crucial para resolver los conflictos, teniendo en cuenta la facultad de dirección y control de las plataformas y de los otros medios electrónicos de actuación, por parte de los proveedores, intermediarios, organizadoras de tarjetas de crédito, etc.

§ 1.2.1.4 Apostillas y breves reflexiones

Tres apostillas se agregan a lo dicho. En primer lugar, el necesario estudio crítico que deberá realizarse del criterio establecido en el art. 43 de la ley de Tarjeta de Crédito, que "prima facie" se contrapone a postulados de esta ponencia, al menos, en la operaciones de los CEC.

En segundo lugar, la posible aplicación con las correcciones necesarias, de los postulados de la ponencia a los contratos paritarios y a los contratos de empresa, tal como se anticipaba en el inicio.

En tercer lugar, el cumplimiento por parte de las empresas proveedoras e intermediarias que participan en el "e-commerce" del deber de cuidado y protección en las operaciones y procesos en que intervienen, para prevenir situaciones de incumplimiento, optimizando los sistemas de sus plataformas, sus sistemas de pago propios o asociados, el sistema de transporte de mercaderías, la seguridad de los productos, etc.

§ 1.2.2 Protección del consumidor domiciliado en el país en un contrato electrónico internacional, situación sobreviniente

Por Amanda Gil López. Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

En un contrato electrónico de consumo B2C, en el que el proveedor se domicilia en el extranjero y el consumidor se domicilia en la Argentina, aun habiendo pactado la jurisdicción del primero, ante la aparición del conflicto, se debe tomar como punto de conexión el domicilio del consumidor, siendo competente el juez argentino.

§ 1.2.2.1 Desarrollo

En la economía de bienes y servicios, el Consumidor, es el principal sujeto de protección, y no por la dinámica del comercio, debemos perder de vista que detrás de un contrato, hay personas humanas y jurídicas, que necesitan especial tutela del ordenamiento jurídico. Y si la resolución de un problema internacional implica un calvario procesal en el cual intervienen varias jurisdicciones en muchos casos estos problemas se transforman en violaciones concretas de derechos fundamentales. Ante el incumplimiento del Proveedor, el Consumidor haciendo uso de la cláusula de rescisión, rescinde el contrato reclamando la restitución de lo pagado. El Proveedor acepta y notifica por el mismo medio telemático, pero el incumplimiento se sostiene y estalla el conflicto.

El punto de conexión que torna operativa la aplicación de las leyes de protección argentina en los contratos de consumo, es el domicilio, porque por el art. 980 CCyC la aceptación es dada en el territorio argentino como también la entrega de la cosa. Este punto de conexión desplaza la jurisdicción trasnacional pactada, por constituir la jurisdicción trasnacional, una cláusula abusiva en los términos del art. 37 de la LDC, norma de orden público y artículos 988, 1117, 1118 y 1119 del CCyC. En el marco de las me-

VOLVER A ÍNDICE

didas sanitarias adoptadas por el COVID-19, también se aplica la RESOLUCIÓN 139/2020 que en su Art. 1° establece que a los fines de lo previsto en el Art. 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que … por circunstancias sociales, económicas, … que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

En el presente caso, la demanda puede notificarse válidamente al domicilio electrónico constituido por el Proveedor en el contrato electrónico.

§ 1.2.2.2 Fundamentación legal

A las normas ya precitadas, como garantía primera, es la contenida en el Art. 42 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, que garantiza a los consumidores en el marco de las relaciones de consumo, la protección entre otros derechos, de sus intereses económicos. Esta previsión constitucional reconoce la vulnerabilidad estructural en el mercado de consumo frente a los proveedores de bienes y servicios, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada.

El inc. 23 del Art. 75 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, que establece la necesidad de dar un tratamiento especializado y expedito a todos aquellos reclamos que sean presentados o involucren a consumidores hipervulnerables.

El Art. 8 PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, establece la tutela efectiva de toda persona, y dentro de un plazo razonable.

CONVENCIÓN DE LA HAYA sobre ley aplicable a la responsabilidad por el hecho del producto de 1973

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: Art. 2650 aplicación supletoria de la prerrogativa del inc. b); Art. 1109 califica “lugar de cumplimiento” como aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato...”.

Art. 2602 “RECURSO AL FORO DE NECESIDAD GENERAL” norma

operativa para el hipotético supuesto de que los jueces indicados por la norma resulten inaccesibles al consumidor en un caso concreto.

Art. 1651 inc. c), que excluye del arbitraje a las controversias vinculadas a derechos de usuarios y consumidores.

PROTOCOLO DE SANTA MARÍA SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE RELACIONES DE CONSUMO (aprobado por CMC 'Decreto 10/96') el que brinda al sector privado de los Estados parte un marco de seguridad jurídica … en las relaciones de consumo, dar protección al consumidor y adoptar reglas comunes, sobre jurisdicción internacional. (Art. 4) … admite una jurisdicción concurrente excepcional, por voluntad exclusiva del consumidor manifestada expresamente al entablar demanda, en los Estados de: celebración del contrato, cumplimiento de la prestación del servicio o entrega de los bienes, y el domicilio del demandado. Si el demandado tuviere domicilio en un Estado parte y en otro una filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación, con la cual realizó las operaciones que generaron el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de ellos (art. 5 y 6). Si lo autoriza el ordenamiento del foro, mediante dichas normas se permite que el proveedor pueda contestar demanda, ofrecer prueba, interponer recursos, así como realizar los actos procesales que de ellos deriven ante los jueces de su propio domicilio.

§ 1.2.2.3 Conclusión

Sostengo que el Consumidor ampliamente protegido por las normas argentinas aplicables a las relaciones de consumo, puede y debe tener favorable acogida interponer demanda en la jurisdicción argentina.

§ 1.2.3 El endoso del título valor frente al consumidor. Comentario al fallo Promaq S.A. c/ Vallejos Bessi Lorena s/ cobro ejecutivo; (C. C. y C. de Mar del Plata, Sala III, 01-IV-2020)

Por Ezequiel Rodrigo Galván[112]*. Colegio de Abogados de La Plata*

PONENCIA

Ante la existencia de una confrontación entre el derecho del endosatario (tercero) de buena fe y el consumidor, la cual encuentra mayores dificultades para su adecuación a las normativas de orden público que integran el estatuto del consumidor. En este aspecto, corresponde considerar una instancia donde el acreedor endosatario pueda requerir al acreedor endosante la integración del título.

§ 1.2.3.1 Desarrollo

§ 1.2.3.1.1 Introducción

En el presente se aborda la sentencia "Promaq S.A. c/ Vallejos Bessi Lorena s/ cobro ejecutivo" (expte. 169.240) dictada el 01-IV-2020 por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en la cual se discute la habilidad ejecutiva del título valor originado en una relación de consumo y ejecutado por un endosatario de buena fe frente a las normas que integran el estatuto del derecho del consumidor.

Si bien la contradicción entre las normas del derecho cambiario y el derecho de los usuarios y consumidores no es una cuestión novedosa, el caso del proceso ejecutivo por un endosatario (tercero de buena fe) representa el mayor grado de conflicto y dificultades,

112 Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Alumno de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UM). Alumno de la Diplomatura en Derechos del Consumidor y Procesos Protectorios (UNA). Alumno de la Diplomatura en Derecho Parlamentario (UA). mail: ezequielrgalvan@gmail.com

motivo por el cual se intenta un análisis de la solución que brinda la jurisdicción en la presente sentencia y las distintas iniciativas legislativas que pretenden una solución legislativa expresa a la presente contradicción.

§ 1.2.3.1.2 El fallo y sus antecedentes

En el caso en cuestión, Promaq S.A. promovió el juicio ejecutivo contra la demandada en su calidad de endosataria de un pagaré sin protesto librada a favor de Contar S.A., mandamiento que es notificado bajo responsabilidad de parte actora sin que comparezca la parte demandada.

Así mismo, se confiere traslado al ministerio público ante la posibilidad de una posible relación de consumo subyacente, la cual el dictamen presume, y la sentencia de primera instancia rechaza la demanda por entender configurada la existencia de una relación de consumo e incumplidos los requisitos que el artículo 36 de la ley 24.240 le impone al título para ser un título ejecutivo hábil.

Contra esta decisión se agravia la parte actora sosteniendo la inexistencia de una relación de consumo como consecuencia del endoso y la abstracción cambiaria, así como la inaplicabilidad de la doctrina del “pagaré de consumo” por su desarrollo sobreviniente al comienzo de la relación contractual (de consumo), así como su aplicación de oficio.

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata el 01 de abril de 2020 dicta la sentencia bajo la cual expone la obligación de revisar su jurisprudencia respecto de la incompatibilidad del proceso ejecutivo con las relaciones de consumo a partir del fallo “Asociación Mutual Asís c/ Cubilla, María Ester s/ cobro ejecutivo“ (C.121.684, 14-VIII-2019) de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ingresa en el conflicto entre la abstracción del endoso y el régimen protectorio de los consumidores, inclinándose por este último, y revoca parcialmente la sentencia ordenando la integración del título y la posibilidad del deudor de oponer las defensas que derivan de la relación de consumo.

§ 1.2.3.1.3 Análisis del fallo

La presente sentencia representa un gran avance en la plena vigencia de la normativa protectoria de usuarios y consumidores en un aspecto en el cual las normas del derecho cambiario (abstracción del título valor y del endoso) y las normas del estatuto del consumidor (deber de información, transparencia y buena fe) son manifiestamente incompatibles.

Cómo primera cuestión, cabe destacar que la Suprema Corte ya se había pronunciado en el fallo "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ cobro ejecutivo" (C.109.305, sent. 01-IX-2010) receptando la existencia de una instancia de indagación causal restringida a la existencia de una relación de consumo a efectos de establecer la jurisdicción y abriendo una etapa donde existía el orden público del artículo 36 in fine de la ley 24.240 que habilitaba declaraciones de incompetencia, y un orden público de segunda categoría respecto de la restante norma cuyas disposiciones no eran receptadas por resultar incompatibles con la estructura del proceso ejecutivo. En este aspecto, el reciente pronunciamiento de la Suprema Corte ("Mutual Asis..." cit.) receptó la plena vigencia del orden público de toda la ley 24.240 (artículo 36 y normas que se integran al estatuto del consumidor) bajo el principio de adecuación de las normas e institutos del derecho privado a las disposiciones de este régimen protectorio de modo limitado a los aspectos incompatibles, es decir que la misma debe ser bajo un criterio restrictivo y de subsistencia de la acción[113], sentido en el que se pronuncia la Sala interviniente.

Ingresando en el objeto de interés, la sentencia tiene por acreditada la relación de consumo original entre el deudor y el acreedor original (cuestión no controvertida por la parte actora) y procede a manifestarse a favor de la oposición de la relación de consumo al endosatario de buena fe: "... *siempre con el afán de adoptar soluciones justas y equilibradas, tratando de compaginar los diversos sistemas que convergen en esta realidad denominada como*

113 Galván, E. R. & Lueiro Campos, G. D. "La acción de secuestro prendario en el marco de relaciones de consumo", en Revista Derechos en Acción, N° 14, 2020, pp. 293-305.

"pagaré de consumo" –el cambiario y el de la protección del consumidor-, entiendo que aún en estos casos donde quien ejecuta es un tercero adquirente del documento por endoso corresponde exigir la integración o complementación del título de crédito con el negocio causal subyacente, dar traslado al consumidor y verificar el cumplimiento de los requisitos del art. 36, LDC" (sic).

Cabe destacar que la abstracción cambia frente a las defensas que surgen de la relación de consumo (a consecuencia de la indagación causal) son manifiestamente inconciliables, circunstancia que obliga a la jurisdicción a optar por el sujeto tutelable (tercero de buena fe vs. consumidor)[114], escogiendo al consumidor el estándar que establece la presente sentencia por considerarse que el mero endoso bastaría para eludir la tutela constitucional del consumidor, así también que ante un conflicto normativo (decreto ley 5965/63 vs. ley 24.240) la integración normativa debe ser bajo el principio de la norma más favorable al consumidor[115]. Abona la postura sostenida por el riesgo de duplicidad del reclamo judicial (mediante el título abstracto y el contrato por otra acción), así como "*... dado que el ejecutado es un débil jurídico que merece una protección especial*" (sic).

Finalmente, por aplicación de la adecuación limitada y subsistencia de la acción revoca parcialmente la sentencia generando la instancia para la integración del título, así como de articulación de defensas que surgen del estatuto del consumidor (decisión acorde

114 Cita la Sala interviniente a los Dr. Quagli y Menossi "... cuando el título ha circulado donde, según este criterio, corresponde también poner a resguardo la cartular, no ya por la propia *naturaleza del título sino por la tutela a la buena fe negocial del tercero, al que es jurídicamente irrelevante cuál fue el origen de la obligación incorporada literalmente al documento. Ahora bien, cuando debe ponderarse dicha buena fe negocial con la tutela al consumidor o usuario en principio deberá primar esta última. (... "Transversalidad del derecho de Consumo. Un Fallo Señero)*".

115 "*... de limitarse esa solución a aquellos casos en que el accionante es el mismo proveedor en la relación de consumo, sería muy sencillo eludir la tutela legal establecida en favor del consumidor a través de un simple endoso (doctr. art. 42, Const.Nac.). Y entre la tutela a la buena fe negocial del tercero, al que le sería jurídicamente irrelevante cuál fue el origen de la obligación incorporada literalmente al documento, y el resguardo del consumidor, debe prevalecer esto último, lo que significa aplicar la ley de defensa del consumidor y observar el principio de interpretación más favorable a su respecto*" (sic).

a la doctrina legal de "Mutual Asis…" cit.), y el control oficioso de los intereses[116].

Si bien la problemática del uso de los títulos valores en el marco de relaciones de consumo no resulta una cuestión novedosa, el endoso representa el punto de mayor conflicto atento a esta irreconciliable contradicción normativa[117] que da lugar a posiciones encontradas. En este aspecto, se destaca la importancia del principio de la interpretación e integración en los términos más favorables al consumidor (arts. 3 y 65 ley 24.240 y art. 1094 Código Civil y Comercial) como principio rector para dirimir esta contradicción normativa, entendiendo como correcta la decisión reseñada, más cuando estamos ante una parte débil jurídicamente que motiva la tutela constitucional.

Si bien cabe destacar que el acreedor insatisfecho aún conserva la instancia de integración del título (la cual debería habilitar el requerimiento al acreedor original por ser documentación en su poder en el marco de esta adecuación del proceso), así como las acciones contra el endosante, debe tenerse presente la inseguridad jurídica que produce para el endosatario tercero de buena fe esta circunstancia, así como las eventuales costas.

Finalmente, teniendo presente el conflicto latente, las respuestas que se han presentado en el Honorable Congreso de la Nación a la problemática han sido escasas, destacándose:

a) el proyecto 0341-D-2002 que propone introducir la causa de la obligación en el título (eliminado la abstracción del mismo)[118];

116 "*...se resuelve: I) Admitir parcialmente el recurso interpuesto... encomendando al juez de primera instancia que otorgue un plazo a la actora para cumplir con los recaudos del mencionado art. 36, LDC, y disponga luego un traslado a la demandada a fin de que tenga la posibilidad de articular defensas centradas en dicho precepto, sin perjuicio de que en la etapa de liquidación no deberá perder de vista lo normado por el art. 771 del nuevo CCCN con los alcances señalados…*" (sic).

117 Paolantonio, M. E. "Monólogo de fuentes: el pagaré de consumo", en La Ley, Tomo 2015-C, 20-V-2015, pp. 4.

118 El proyecto ataca la abstracción del título valor por considerarlo un instrumento que favorece la usura o el abuso de la parte deudora, contrario al deber de información y la buena fe (sin recepción expresa del concepto de "consumidor").

b) los proyectos 3044-D2001 y 3368-D-2002, conexos a través del registro de los contratos o instrumentos extracartulares que los integran[119];

c) el reciente proyecto S-2576/19 que introduce el concepto de "pagaré de consumo" receptando la posición del fallo reseñado[120] y la integración restringida a la interposición de la demanda;

d) el proyecto 0384-D-2020 que incorpora la "obligación de informarse" respecto de los créditos endosados donde el deudor es una persona humana (solución que pretende fortalecer la seguridad jurídica en la contradicción endosatario-consumidor a través del artículo 18 del decreto ley 5965/63, sin perjuicio de la preponderancia de la relación de consumo como norma dirimente en los términos que expone la sentencia reseñada)[121]; y

c) el anteproyecto "Régimen del crédito y financiación para consumo de proveedores no financieros" (abierto a la consulta popular a través del portal de leyes abiertas) en el cual se elimina la posibilidad de integración del título y se recupera la "obligación de informarse" del acreedor endosatario en términos similares al

119 Los proyectos que expresamente excluyen los títulos de crédito del registro creado, no así la documentación conexa. En un sentido práctico, implicaría en el contexto actual (a) una publicidad de la relación de consumo subyacente (pudiendo introducirse el debate sobre la necesidad de un acreedor endosatario diligente para conocer el origen de su crédito), y (b) complementarse con el nuevo instituto de la integración del título a efectos de satisfacer las disposicione sustantivas del estatuto del consumidor.

120 "*artículo 91. Pagaré de consumo…. Lo previsto en esta norma será aplicable al supuesto en que el pagaré de consumo haya sido transmitido a un tercero.*". Si bien la solución se presenta acertada resulta cuestionable su restricción al pagaré en un contexto en el cual convive el certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria como un título valor que se transmite por endoso generalmente a fideicomisos, o certificados de prenda con registro a efectos de su ejecución por vía del artículo 39 de la ley 12.962.

121 "*Artículo 9°.- Obligación de informarse. Los sujetos comprendidos en el presente capítulo deberán requerir o entregar la documentación respaldatoria de los créditos cedidos o endosados, adquieran o transfieran la titularidad del crédito, siempre que el deudor cedido sea una persona humana. Los sujetos comprendidos en el presente capítulo y los endosatarios posteriores no podrán invocar la abstracción de la causa de la obligación, presumiendo de pleno derecho que conocen la relación de consumo que origina la obligación. La relación de consumo se presume salvo prueba en contrario*".

proyecto 0384-D-2020[122], sin perjuicio de su ámbito acotado de aplicación por su pretensión de regular el mercado de crédito y financiación no financiero.

§ 1.2.3.2 Conclusiones

Si bien se reseña el presente fallo compartiendo la respuesta jurisdiccional, también corresponde resaltar la existencia de una confrontación entre el derecho del endosatario (tercero) de buena fe y el consumidor, la cual encuentra mayores dificultades para su adecuación a las normativas de orden público que integran el estatuto del consumidor. En este aspecto, corresponde considerar una instancia donde el acreedor endosatario pueda requerir al acreedor endosante la integración del título, tanto por sostener la doctrina legal de la Suprema Corte una intención de conservar la acción aun adecuada (proceso ejecutivo con indagación causal limitada a la relación de consumo), como para proteger al tercero de buena fe (salvaguarda que no lesiona el derecho del consumidor deudor) ante el desconocimiento de la causa de su crédito, no colocarlo en una posición más desfavorable que al acreedor original que actúa en conocimiento y siendo parte de la relación de consumo[123], y para evitar dispendio jurisdiccional (como costas a cargo

122 "*Artículo 8°. Nulidad de cláusulas. Serán nulas las siguientes cláusulas: ... h) Las que instrumenten una obligación del consumidor deudor a través de un título valor que no contenga en el mismo cuerpo del instrumento el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 24.240 y demás normativa vigente. Lo previsto en este inciso será aplicable al supuesto en que el título valor haya sido endosado a un tercero. (...) Artículo. 10°. Transferencia de créditos de consumo. Todo adquirente de un crédito emitido por un proveedor inscripto en el Registro Nacional de Proveedores de Crédito y Financiación para Consumo tiene la obligación de requerir la documentación respaldatoria de los créditos cedidos o endosados, siempre que el obligado cedido sea una persona humana. En los títulos valores comprendidos en el presente artículo no se podrá invocar la abstracción de la causa o el endoso, presumiendo de pleno derecho que el nuevo titular conoce la relación de consumo que origina la obligación...*" (disponible en https://leyesabiertas.hcdn.gob.ar/articulado?id=5eb56f8c2fd9350012445538).

123 Quien conserva la documentación y puede integrar el título ante el requerimiento jurisdiccional. En este sentido, si bien no se comparte que un título valor pueda integrarse por no contener la información que el estatuto del consumidor le impone (conducta contraria al deber de información y buena fe debido a que impide abusos e introduce transparencia a un título autónomo de la restante

del endosatario) ante la necesidad de una posterior ejecución del acreedor endosante.

En cuanto a la tutela del consumidor, el estándar que establece la sentencia recupera las disposiciones de la ley 24.240 y del Código Civil y Comercial para efectuar la integración normativa bajo la pauta rectora de la norma o interpretación más favorable al consumidor (reafirmando su carácter protectorio). En este sentido, la norma incumplida no solo incorpora un deber de información calificado frente al consumidor[124] (cuyo incumplimiento es causal objetiva de nulidad[125]), sino que también implica un deber de transparencia que hace a su control jurisdiccional, cuyos efectos hacen a la vigencia del régimen incluso en ausencia del deudor, como en el presente caso.

Por último, si bien hay iniciativas legislativas que pretenden introducir una mayor seguridad jurídica sin restringir la tutela actual que brinda la legislación vigente, se destaca que ha sido una preocupación minoritaria en el seno del Congreso, principalmente con el objetivo de lograr la efectiva vigencia del derecho de los usuarios y consumidores.

documentación contractual), es recatable dentro de esta postura la *decisión del proyecto S-2576/19 que restringe la oportunidad de integración a la interposición de la demanda (contrario a la doctrina legal de "Mutual Asis.." cit.) que permite evitar las consecuencias del obrar fraudulento ante su constatación (por intimarse a integrar el título al considerar la relación de consumo).*

124 Müller, E. C. & *Saux, E. I. "Artículo 36" en "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada" Tomo I, editorial La Ley, 2009, pp. 414-416.*

125 *Japaze, M. B. "El Deber de Información" en "Manual de Derecho del Consumidor", Rusconi, D. D. (dir.), editorial AbeledoPerrot, 2015, pp. 261.*

§ 1.2.4 Portabilidad de deudas de consumo. Comentario al proyecto 7774-D-2018

Por Ezequiel Rodrigo Galván[126]*. Colegio de Abogados de La Plata*

PONENCIA

El proyecto en sus fundamentos, entre las iniciativas del Congreso y nuestra legislación incluso hay una recurrente propuesta de mecanismos para frenar situaciones de mora o sobreendeudamiento de los consumidores, motivo por el cual la cancelación anticipada, y la portabilidad de deudas de consumo, se presentan como mecanismos que permiten a las personas una mayor autonomía y gobierno de su situación financiera, así como evitar estas patologías en el mercado del crédito y financiación para consumo.

§ 1.2.4.1 Desarrollo

§ 1.2.4.1.1 Introducción

De la misma manera que la portabilidad numérica permite transferir una línea telefónica a efectos de continuar la relación contractual con otro proveedor (desvinculando al proveedor original), la portabilidad de deudas (de consumo) es un instrumento que permite el transferir la deuda a otro acreedor, desinteresando al acreedor original, así como reestructurar la deuda original. En este aspecto, si bien en la República Argentina el concepto de portabilidad de deudas (de consumo) se introduce formalmente en el debate público por medio del proyecto de ley 7774-D-2018[127], corresponde resaltar que no resulta una cuestión novedosa en la

126 Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Alumno de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UM). Alumno de la Diplomatura en Derechos del Consumidor y Procesos Protectorios (UNA). Alumno de la Diplomatura en Derecho Parlamentario (UA). mail: ezequielrgalvan@gmail.com

127 https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=7774-D-2018.

legislación comparada, e indirectamente tampoco en el ámbito interno (mediante la cancelación anticipada de la deuda).

Siendo que se considera a este instrumento una herramienta útil para prevenir situaciones de sobreendeudamiento, combatir la usura en el mercado del crédito y lograr una mayor competencia entre los proveedores de estos servicios crediticios, incluso después de la contratación, la presente reseña tiene por objeto dar a conocer el proyecto y sus antecedentes.

§ 1.2.4.1.2 La "Portabilidad" de deudas (de consumo)

Si bien prima facie se presenta complejo que un deudor pueda unilateralmente reemplazar a su acreedor, lo cierto es que tanto en el proyecto 7774-D-2018, como en la portabilidad regulada en la República Federativa de Brasil o en la República de Chile, no representan más que una regulación del derecho que reconoce la legislación a la cancelación anticipada de la deuda. En este aspecto, la portabilidad no es más que su ejercicio por medio de un tercero en función de un contrato previo.

De este modo, la base del proyecto 7774-D-2018 es la incorporación del artículo 36 bis a la ley 24.240 que establece el derecho del consumidor "*a cancelar total o parcialmente de modo anticipado, toda deuda por una operación financiera para consumo o crédito para el consumo, con la reducción proporcional de los intereses y otros cargos vinculados al plazo y/o capital….*" que recupera al artículo 52 inc. 2 del Código de Consumo brasilero (ley 8.078/90), el cual establece "*Está asegurada al consumidor la liquidación anticipada de la deuda, total o parcialmente, mediante la deducción proporcional de los intereses y demás recargos.*", como explicitan los fundamentos del proyecto local. De igual modo, en la legislación chilena la ley Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (19.496/97) también reconoce el derecho a una cancelación anticipada en su artículo 17-D pero en condiciones más gravosas[128].

128 "*Artículo 17-D…. Los consumidores tendrán derecho a poner término anticipado a uno o más servicios financieros por su sola voluntad y siempre que*

VOLVER A ÍNDICE

En este aspecto, encontramos en el ámbito nacional en el mismo sentido el proyecto 3170-D-2000[129], y más recientemente el proyecto S-2576/19[130], los cuales reconocen el derecho a una cancelación anticipada, y habilitan indirectamente un sistema de portabilidad como el brasilero que se encuentra regulado mediante reglamentaciones que se sustentan en su artículo 52 inc. 2 del C.D.C.[131], pudiendo incluso el propio deudor o el mercado de crédito implementar la portabilidad de deudas sin necesidad de una mayor regulación que el reconocimiento del derecho a una cancelación anticipada de la deuda. Cabe destacar que en el derecho a la cancelación anticipada de la deuda hay un carácter común entre la legislación chilena[132], brasilera o las iniciativas locales que está

extingan totalmente las obligaciones con el proveedor asociadas al o los servicios específicos que el consumidor decide terminar, incluido el costo por término o pago anticipado determinado en el contrato de adhesión".

129 "*Art. 6° - Derecho a la cancelación total o parcial anticipada del crédito o deuda. En toda operación de crédito, financiación o capitalización o ahorro previo para usuarios o consumidores, estarán estos habilitados a efectuar por adelantado sin que obste a ello cláusula prohibitiva alguna inserta en contrato, a condición de abonarse como mínimo el veinte por ciento (20%) del monto prestado o financiado. Dichos pagos adelantados se imputarán a cancelar capital puro, no pudiéndose imputar a ningún otro rubro y nula de nulidad absoluta toda cláusula que modifique lo dispuesto en el presente.*"

130 "*Art. 95. Derecho al pago anticipado. El consumidor puede ejercer, en cualquier tiempo, el derecho a la cancelación anticipada total o parcial del crédito o financiación acordados. En caso de cancelación anticipada total, no se admitirá el cobro de comisiones o compensaciones cuando al momento de efectuarla haya transcurrido, al menos, la cuarta parte del plazo original de la financiación o ciento ochenta (180) días corridos desde su otorgamiento, de ambos el mayor. La cancelación anticipada total realizada por el consumidor antes del cumplimiento del plazo citado y la cancelación anticipada parcial autorizarán al cobro de una comisión o compensación al proveedor, calculada sobre el capital reembolsado. Ninguna compensación puede equiparar ni exceder el importe del interés que el consumidor habría pagado durante el período de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito.*". La iniciativa en cuestión recupera el derecho ya reconocido en el mercado financiero *(BCRA "Protección de los usuarios de servicios financieros" p. 2.3.2.1. in fine).*

131 *Resolución 3401/2006 del Banco Central de Brasil, y su modificatoria Resolución 4292/2013.*

132 *En Chile la Ley de Portabilidad Financiera (ley 21.236) fue una iniciativa del gobierno de Sebastián Piñera con activismo por parte del mismo para su sanción y difusión (ver https://www.gob.cl/portabilidadfinanciera/), que remite en su artículo 3 a la liquidación anticipada del art. 17-D de la ley 19.496 (https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146340&buscar=portabilidad). Siendo que*

dado por ser un derecho del consumidor deudor, circunstancia que implica una norma de orden público con una función protectoria que se proyecta sobre la portabilidad de deudas "de consumo" debido que son un modo de ejercer este derecho reconocido al consumidor (con sus consecuencias jurídicas).

§ 1.2.4.1.3 La portabilidad de deudas de consumo del proyecto 7774-D-2018

Siendo que la portabilidad establecida en el proyecto 7774-D-2018 se construye sobre el derecho del consumidor a la cancelación anticipada (propuesto artículo 36 bis de la ley 24.240) el alcance de la misma comprende a todas las deudas -de usuarios o consumidores- con origen en una relación de consumo, y no solo financieras o de tarjeta de crédito. Por otro lado, si bien resulta indiscutible que el insumo principal fue el art. 52 inc. 2 del Código de Defensa de los Consumidores de Brasil y resoluciones dictadas en consecuencia (como explicitan los fundamentos), el proyecto 7774-D-2018, a nuestro criterio, es coherente con nuestra legislación vigente, fundando el sistema que implementa en el deber de información (adecuado y veraz), la buena fe y la nulidad de toda renuncia o restricción al ejercicio de los derechos reconocidos a usuarios y consumidores.

§ 1.2.4.1.3.1 Las partes en la portabilidad de deudas de consumo

En cuanto a la portabilidad en sí, el proyecto reconoce tres partes claramente identificables:

a) El usuario o consumidor deudor, quien puede requerir una propuesta de portabilidad, o bien requerir información respecto de su deuda y liquidación ante una cancelación anticipada total o parcial;

b) La entidad acreedora original, quien tiene el deber de suministrar información adecuada y veraz (la cual le es oponible), no puede

la elaboración del proyecto y su aprobación es posterior al proyecto 7774-D-2018 la misma no es una de las fuentes del proyecto en análisis.

restringir el derecho a la cancelación anticipada (aun cuando sea por medio de terceros), y tiene derecho al cobro de su acreencia, así como a formular una contrapropuesta; y

c) La entidad proponente, proveedor de crédito que es requerido por el usuario o consumidor para formular una propuesta de portabilidad.

Cabe destacar que la entidad proponente (considera como tal desde que es requerida por el usuario o consumidor) no está obligada a formular una "propuesta" (contrato de crédito destinado a la cancelación de la deuda original) en tanto no sea una institución financiera en los términos de la ley 21.526, caso en donde corresponde al Banco Central de la República Argentina dictar las causales de rechazo[133]. Así mismo, se establece la gratuidad de la producción y suministro de la información requerida (art. 5 in fine), disposición coherente con la gratuidad que establece el artículo 4 de la ley 24.240.

§ 1.2.4.1.3.2 El procedimiento de portabilidad de deudas de consumo

En el capítulo II del proyecto (arts. 6-13) se regula el procedimiento de portabilidad, con un inicio a instancias del usuario y consumidor ("solicitud") y un desarrollo bajo el control del Banco Central de la República Argentina como autoridad de aplicación (en quien se delega la reglamentación, implementación y control). En cuanto a las etapas del procedimiento:

a) El procedimiento se inicia mediante una "solicitud" de propuesta de portabilidad a una entidad proponente (ajena a la relación de consumo original), circunstancia que implica por parte de la

133 *Si bien corresponde a la reglamentación del Banco Central contemplar el riesgo que corresponde asumir a la entidad financiera, los fundamentos del proyecto expresan que "se establece la obligación de las entidades financieras que se dediquen profesionalmente a introducir crédito de consumo al mercado de formular propuestas vinculantes bajo las que receptar la deuda, evitando la conformación de consensos comerciales que resten operatividad a la portabilidad y generando una competitividad entre las entidades financieras que ofrecen crédito a los consumidores." (sic).*

entidad acreedora original un deber de cooperación con la entidad proponente (un modo de ejercicio mediato del derecho del usuario o consumidor a la información adecuada y veraz) consistente en la información necesaria para realizar una propuesta de portabilidad (art. 6)[134].

b) Recibida la información necesaria, la entidad proponente de realizar una propuesta de portabilidad (con las salvedades formuladas) la misma resulta vinculante por diez días[135], la cual debe contener la información propia de todo contrato de esta naturaleza (art. 36 ley 24.240), la comparación entre la deuda a cancelar y las nuevas condiciones y una aceptación diferenciada de las cláusulas más gravosas que las condiciones originales, siendo el objeto de la propuesta "*la obligación de la entidad proponente de cancelar la deuda objeto de portabilidad del consumidor con la entidad acreedora original, y la vigencia de las nuevas condiciones*" (art. 9).

c) Se destaca que la entidad acreedora original tiene derecho a ser notificada por parte de la entidad proponente de la propuesta de portabilidad, de modo simultáneo al consumidor, a efectos que pueda efectuar una contrapropuesta (art. 10). Si bien es derecho de la entidad acreedora original, su ejercicio o incumplimiento no restringe el derecho del consumidor a aceptar la propuesta (efectivizar la portabilidad) o generarle consecuencia alguna, sin perjuicio de las acciones contra la entidad proponente.

Así mismo, este procedimiento se complementa con una suspensión de la mora durante el desarrollo del procedimiento (art. 8), y con la suspensión del inicio de ejecuciones o actos que agraven la situación del deudor al momento que toma conocimiento de la

134 *Para lograr la efectividad del sistema, además del control del BCRA a través de la notificación del inicio y desarrollo del procedimiento (seguramente a través de una plataforma web a través de la reglamentación), el incumplimiento de este deber de cooperación implica la pérdida de los intereses entre el vencimiento para remitir la información solicitada a la entidad proponente y el efectivo cumplimiento.*

135 *Entendemos que los diez días constituyen la duración mínima por el cual se mantiene el carácter vinculante de la oferta, pudiendo ser aceptada con posterioridad si la entidad proponente decide mantener su vigencia, así como una limitación temporal a los efectos vinculados a la mora.*

solicitud de portabilidad, siempre hasta el rechazo o vencimiento de los diez días para aceptar la portabilidad. En este aspecto, la portabilidad se presenta como un mecanismo para reestructurar un pasivo en nuevas condiciones con limitaciones al derecho del acreedor de muy corta duración, motivo por el cual se considera su utilidad para evitar o resolver situaciones de sobreendeudamiento o insolvencia.

Finalmente, se establece la posibilidad de reestructurar múltiples deudas de consumo bajo una única propuesta (art. 11), así también que el ejercicio de la portabilidad implica la cancelación de los servicios financieros vinculados o accesorios a la deuda objeto de portabilidad, salvo aquellos autónomos o que el consumidor exprese su voluntad de conservar (art. 12)[136].

§ 1.2.4.1.3.3 Los créditos con garantía real

Siendo que la portabilidad de una hipoteca o crédito prendario implica costos vinculados al derecho real de garantía, o bien contienen una tasa preferencial por el derecho de garantía en cuestión, el proyecto establece la subrogación de la entidad proponente en el derecho de garantía real "*siempre que la subrogación integre la propuesta aceptada*" (art. 14), así como ser aceptada de modo diferenciado toda extensión de la garantía más allá del saldo restante de la deuda original.

En este aspecto, siendo una instancia ineludible la existencia de costos correspondientes a impuestos, tasas y honorarios, los mismos pueden ser a cargo del usuario o consumidor siempre que los mismos sean informados adecuadamente.

136 Entendemos que la norma pretende abordar situaciones en las cuales un crédito o servicio crediticio se enmarca en una paquete (ej. cuenta corriente, tarjeta de crédito, seguros, etc.) para que cancelada la deuda/préstamo bancario, estos productos conexos no generen nuevos pasivos al deudor, pero conserva la autonomía del consumidor de no imponer su pérdida como consecuencia de la portabilidad (ej. el consumidor puede reestructurar su deuda pero desear conservar la cuenta corriente vinculada).

§ 1.2.4.1.3.4 Tarjetas de crédito

Siendo la tarjeta de crédito una de las causales de mayor endeudamiento familiar, el proyecto aborda en el capítulo IV la portabilidad vinculada a tarjetas de crédito con disposiciones específicas. De este modo, se establece que la portabilidad de estos pasivos solo puede ser entidad proponente una entidad bancaria, pudiendo ser mediante una nueva tarjeta de crédito o línea de crédito personal, y con una instancia de contralor por parte de la misma entidad bancaria de las tasas de interés y la documentación contractual cuando la entidad acreedora original es una tarjeta de crédito comercial (no bancaria).

Así mismo, la nueva propuesta y tarjeta de crédito se integra con las normas de la ley 25.065 que regula el sistema de tarjetas de crédito, establece la que los saldos impugnados continúan por el procedimiento contemplado en la ley 25.065, y requiere la manifestación del consumidor de continuar o finalizar el contrato de tarjeta de crédito con la entidad acreedora original.

§ 1.2.4.1.3.5 Normas complementarias

Esta regulación se complementa con una remisión a la ley 24.240 en materia de sanciones y su procedimiento, un catálogo de “faltas graves” a efectos de ponderar la gravedad de la conducta y la sanción (art. 21) que también implica el ajuste de los intereses a la tasa pasiva a 30 días Banco de la República Argentina, y la introducción del artículo 36 bis a la ley 24.240.

§ 1.2.4.1.4. Opinión

Si bien la intención es la difusión del proyecto 7774-D-2018, así como de la existencia de la “portabilidad de deudas”, ciertamente la presente iniciativa es del agrado de quien reseña el proyecto.

Como primera cuestión, la iniciativa genera una mayor protección de las personas frente a situaciones de mora, sobreendeudamiento o insolvencia, así también favorece la competitividad de los proveedores de crédito y financiación para consumo aún después de

VOLVER A ÍNDICE

la colocación del servicio crediticio, quienes dejan de ser usuarios o consumidores cautivos. Así mismo, también genera una mayor equidad entre los proveedores y usuarios y consumidores, siendo que mientras los primeros cedían sus créditos, a veces agravando la situación del deudor[137], ahora el deudor tiene un mecanismo para también reemplazar a su acreedor, desinteresando al acreedor original.

Por otro lado, también representa una importante herramienta para combatir la usura en el mercado del crédito o financiación para consumo, ahora con una vía que no requiere el inicio de causas penales o actuaciones civiles para demostrar el abuso o una tasa contraria a la moral o buenas costumbres.

Como segunda cuestión, la base de la portabilidad: el derecho a una cancelación anticipada, no resulta una cuestión novedosa en el ámbito nacional, siendo el principal eje de discusión las consecuencias económicas de su ejercicio, y en consecuencia, la mayor o menor onerosidad de portabilidad. En este aspecto, siendo que estamos ante proveedores de crédito y financiación para consumo, la cancelación anticipada restringida al capital y los intereses por el tiempo efectivamente usado el servicio crediticio no se considera una carga desproporcionada sobre el proveedor. Si bien incorpora un nuevo riesgo empresario frente a la ganancia esperada, el proveedor es compensado por el tiempo que efectivamente brindó el servicio crediticio, así como recupera el capital para reintroducirlo en el mercado como crédito o financiación de consumo.

Como bien destaca el proyecto en sus fundamentos, entre las iniciativas del Congreso y nuestra legislación incluso hay una recurrente propuesta de mecanismos para frenar situaciones de mora o sobreendeudamiento de los consumidores, motivo por el cual la cancelación anticipada, y la portabilidad de deudas de consumo,

137 La modificación del acreedor puede agravar la situación del usuario o consumidor deudor, ej. la cesión de un crédito prendario no financiero a una entidad o fideicomiso financiero abre una nueva forma de ejecución sin derecho de defensa (sin ingresar a discutir su constitucionalidad), o bien la cesión del crédito a un nuevo acreedor con una gestión de mora más agresiva con la persona deudora, incluso contraria a los límites que le impone la legislación (ej. llamada al espacio de trabajo o familiares).

se presentan como mecanismos que permiten a las personas una mayor autonomía y gobierno de su situación financiera, así como evitar estas patologías en el mercado del crédito y financiación para consumo.

§ 1.2.5 La necesidad de reconocer al consumidor o usuario hipervulnerable en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires a efectos de propiciar su especial tutela administrativa y judicial

Por Tiberio Maximiliano Pardiñas. Colegio de Abogados de Quilmes

PONENCIA

La presente ponencia se encuentra impulsada por el progresivo reconocimiento doctrinario de una categoría en el espectro de los consumidores y usuarios: "el hipervulnerable", que recientemente fue entronizado en la normativa administrativa nacional, pero es necesario expandir a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, tanto en lo respecta a la tutela administrativa como a la judicial.

§ 1.2.5.1 Desarrollo

§ 1.2.5.1.1 Introducción

El Derecho de los Consumidores se funda en la necesidad de brindar especial tutela al sujeto consumidor o usuario, es decir el fundamento de la existencia de esta rama jurídica es la protección como elemento "activante"[138].

Así como en el Derecho del Trabajo la razón del orden normativo especial es la situación de vulnerabilidad del trabajador frente a la empresa, en el espectro del sistema de consumo existe una relación asimétrica con el "proveedor", cuyo poder fundado primordialmente en el conocimiento profesional de la materia a la que se dedica, sea cual fuere, le otorga un dominio cognoscitivo que lo coloca en un estatus prevalente en la oferta y en la relación de consumo que pueda suscitar respecto de los consumidores o

138 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Segunda Edición Actualizada, Rubinzol-Culzoni Editores, pág.18 y ss.

usuarios.

Esta desigualdad natural ha sido aprehendida por la normativa procurando mitigarla con la introducción de principios, reglas, deberes, obligaciones y derechos en un plexo de orden público (Artículo 65 de la ley 24.240).

En otras palabras, la observancia de los preceptos en la materia resulta prevalecientemente imperativa para las partes y no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo intersubjetivo de voluntades.

Si bien la ley 24.240 resultó cronológicamente preconstitucional, su contenido fundamentalmente consistente con el diseño de reconocimiento de derechos de los consumidores que hizo el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994, le permitió mantenerse hasta la fecha con la introducción de varias modificaciones con marchas y contramarchas en el sentido tutelar enunciado.

El artículo 3 de la citada ley constituye un dispositivo originario de trascendencia al prescribir, en un escenario de conflicto sobre la norma aplicable, la gravitación de la más favorable para el consumidor o usuario.

El adagio “in dubio pro consumidor” ha ido interpretándose en un sentido progresista para superar una mirada que limitaba la incidencia de la norma más protectoria “sólo en caso de duda” para llegar al convencimiento que la tutela del consumidor es un principio que debe impregnar todo abordaje en la materia.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación por la ley 26994 consagrando el diálogo de fuentes de las enunciadas ramas del derecho privado unificado con el derecho convencional y constitucional, significó un espaldarazo en la maduración del orden jurídico consumeril merced a la cristalización, en su artículo 1094, de dos principios fundamentales la “protección del consumidor” y “el acceso al consumo sustentable”.

El primero constituye una directiva que fortalece el sentido y la actitud que debe observarse en la protección y defensa de los consumidores y usuarios.

El segundo, si bien debe apreciarse en una dimensión medioambiental, ya que la comercialización de bienes y servicios debe considerar no atentar contra el espacio donde se desarrolla la vida como patrimonio de las generaciones futuras (Cada proveedor tendría que prever el reciclado de los eventuales desechos de los productos con los que lucra y la legislación no necesariamente lo contempla, -por ejemplo, el destino de baterías-), el acceso al consumo sustentable se vincula al financiamiento como motor para que los consumidores/usuarios puedan satisfacer sus necesidades.

Un sentido humanista del precepto convoca entender que la sustentabilidad de un sistema de consumo requiere un adecuado vínculo de proporcionalidad entre el valor de los productos y los servicios financieros, ya que el costo de los primeros tiene una concepción diferente de estos últimos, en los que intervienen factores sobrevinientes que determinan que los bienes y servicios se amorticen y decaigan a partir de la adquisición, en tanto el de los préstamos se incrementa aritméticamente por las fórmulas utilizadas y la gravitación de tasas variables de acuerdo a circunstancias endógenas y exógenas del mercado.

Si la enunciada relación no contempla la posibilidad de ingresos del consumidor/usuario en un delicado equilibrio entre los recursos que necesita para satisfacer sus necesidades, su posibilidad de generación de aquéllos y las cargas financieras, se puede asistir al temido fenómeno del "sobreendeundamiento", con una repercusión familiar y social (incorporación de codeudores) que afectan especialmente a los más vulnerables.[139]

Lo expuesto amerita una conducta proactiva del Estado, que no solo se verifica en la legislación, sino en la defensa que se debe reflejar en las instituciones.

De lo contrario, poco serviría que las normas fijaran obligaciones o impartieran mandatos, si correlativamente no existieran tutelas que hicieran efectivas tales directivas.

139 Bullón, Verónica D. y Pardiñas, Tiberio M., "El principio de acceso al consumo sustentable", en "Cuestiones Actuales y Controvertidas de Derecho Societario, Concursal y Del Consumidor", Fundación

En este orden de ideas, el reconocimiento de sujetos consumidores/usuarios que se encuentran en condición de minusvalía respecto al acceso al consumo sustentable, asimismo debe advertirse la dificultad que los aqueja para facilitar que puedan hacer valer sus derechos y obtener el reconocimiento que la situación particular exija.

El anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor del año 2018, si bien nombra a la categoría de los "consumidores hipervulnerables" (Artículo 3) y alude al principio de "protección especial en situaciones de vulnerabilidad" (Artículo 5, punto 6), no especifica a los primeros ni diseña un marco tutelar particular.

Por su parte, la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, publicada en el Boletín Oficial el 28-05-2020, se compromete, en primer lugar, a caracterizar como "hipervulnerables" a personas humanas que, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, étnicas, económicas y/o culturales, padezcan especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

A continuación, reconoce también como "hipervulnerables" a las personas jurídicas, sin fines de lucro, que orientes sus fines sociales a las personas humanas antes descriptas.

Lo precedente tiene gran trascendencia legitimante, ya que no requiere un previo reconocimiento estatal como si ocurre con las asociaciones de consumidores y usuarios en la ley 24.240, sino que facilita el acceso a las tutelas por el solo hecho de que sus estatutos propicien los derechos de las personas humanas hipervulnerables.

Finalmente, la enunciación a título ejemplificativo de posibles sujetos especialmente expuestos, sin que ello signifique un "numerus clausus", contribuye a visibilizar a algunos y abrir la posibilidad de que se advierta la existencia de otros no expresamente designados.

En tal sentido, el reconocimiento de niños o adolescentes, personas pertenecientes al colectivo LGBT, mayores de 70 años, discapacitados, migrantes o turistas, pueblos originarios, personas en situa-

ción de ruralidad o que residan en barrios populares (Ley 27.453) o en situación de vulnerabilidad socioeconómica por ser jubilados, pensionados o trabajadores o monotributistas que perciban menos de dos salarios mínimos, veteranos de guerra, matiza un universo que disipa las perplejidades sobre los posibles beneficiarios de tal condición y a los operadores administrativos y judiciales que deben actuar con especial sensibilidad frente a estos damnificados.

La resolución impulsa dos tipos de acciones para propiciar la tutela de los consumidores de este género, una preventiva y otra en el acceso y aplicación de las tutelas administrativa y judicial.

En el espectro de la primera, se advierte promover un catálogo de buenas prácticas en la atención de los proveedores respecto a estos consumidores especiales, como así incentivar la resolución preventiva de conflictos sin necesidad de llegar a instancias administrativas o judiciales.

En orden a la segunda especie de acciones, promover, en los procedimientos administrativos, la utilización de un lenguaje accesible, inclusivo y adecuado en función de la condición de los consumidores damnificados, que facilite la comunicación y comprensión de las problemáticas y soluciones posibles, como así también estimular un deber reforzado de colaboración para la adecuada y rápida colaboración de los conflictos.

Respecto al acceso a la justicia, además de lo precedente, ofrecer el patrocinio jurídico gratuito para aquellos casos en que el consumidor no pueda contratar un abogado.

La protección y defensa de estos consumidores/usuarios en situación de vulnerabilidad agravada no debe quedar limitado al ámbito nacional por el hecho de que la aplicación de las normas en la jurisdicción local sea una facultad reservada por las provincias.

El artículo 5º de la resolución contiene la clásica invitación para que las provincias dentro de sus respectivas competencias, adopten medidas de “acompañamiento” para las y los consumidores hipervulnerables.

§ 1.2.5.1 Conclusión

La constitucionalización del derecho de los consumidores significó un espaldarazo para el reconocimiento de una categoría de sujetos vulnerables en la relación con los proveedores.

La experiencia sucesiva, los ejemplos del derecho comparado y la creciente convencionalidad en torno a los derechos humanos, fueron propiciando considerar que en el espectro de dicha categoría existen personas humanas que ameritan un tratamiento diferenciado.

Ya la ley 24.240, en el art.60 "in fine", contempla atender la situación de los consumidores que se encuentren en situación "desventajosa", tanto en zonas rurales como urbanas.

Si bien dicho precepto está dirigido a la educación para el consumo, instaló una realidad que existen consumidores en condiciones de mayor vulnerabilidad que otros.

Lo señalado, consistente con los paradigmas del Código Civil y Comercial de la Nación, orientado a reconocer el dialogo de fuentes en su aplicación conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos (Artículo 1), marcó una tendencia directriz a ponderar la situación de las personas que padecen una situación de "hipocapacidad" para acceder a sus derechos.

En este orden de ideas, el artículo 1098 del CCyCN estableció el deber del trato equitativo y no discriminatorio, lo cual trasmite la prohibición de establecer distinciones negativas por razones de género, orientación sexual, nacionalidad, condición cultural, etc.

La contracara de lo precedente es la adopción de medidas positivas para sobreponer a aquellos consumidores/usuarios que se encuentran en una condición especial de vulnerabilidad.

Lo expuesto conduce a concluir la necesidad de que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y en los Municipios como entes con autoridad de aplicación en materia de tutela administrativa de los derechos de los consumidores, se arbitren normas de particular tutela para los consumidores "hipervulnerables".

En línea con los prescripto por la ley 13.133, "Código Provincial de Implementación de los Consumidores y Usuarios", fundamentalmente en sus artículos 3 inc.b (Acceso al consumo), art.4 inc.a (Acceso al consumo en condiciones de trato digno y equitativo, sin discriminaciones ni arbitrariedades por parte de los proveedores), art.13 inc.d) (Facilitar a los consumidores y usuarios la comprensión de la información), art.34 (Asesoramiento gratuito a los consumidores y usuarios en situación de desventaja, necesidad, inferioridad, subordinación o indefensión), cabría proponer la modificación de la norma a efectos de incorporar la categoría de consumidores "hipervulnerables" a efectos de propiciar un tratamiento que pondere su especial situación de minusvalía mediante acciones positivas en el espectro de tutela administrativa y judicial.

"Se consideran "hipervulnerables" a aquellas personas humanas que en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, étnicas, económicas y/o culturales, padezcan especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores o usuarios. Se reconocen en esta categoría a las personas jurídicas, sin fines de lucro, que orientes sus fines sociales para promover ante los proveedores y autoridades los derechos de las personas humanas "hipervulnerables". Se reconocen como ejemplos pasibles de la aplicación de esta categoría los reclamos de consumo promovidos por niños o adolescentes, personas pertenecientes al colectivo LGBT, mayores de 70 años, discapacitados, migrantes o turistas, pueblos originarios, personas en situación de ruralidad o que residan en barrios populares (Ley 27.453) o en situación de vulnerabilidad socioeconómica por ser jubilados, pensionados, trabajadores, monotributistas o veteranos de guerra que perciban menos de dos salarios mínimos".

"La Autoridad Provincial de Aplicación procederá a redactar un catálogo de buenas prácticas para los proveedores teniendo en consideración la situación especial de los consumidores y usuarios "hipervulnerables", en especial un lenguaje accesible, inclusivo y adecuado. El documento se distribuirá en todos los Municipios a efectos de su consideración y posible adecuación a la realidad de cada Partido con el propósito de que sea aplicado por los

proveedores".

"La categoría de consumidor y usuario "hipervulnerable" será especialmente considerado en las instancias administrativa y judicial como sujetos de preferente despacho. Se suplirá el impedimento o dificultad para la radicación de reclamos por vías informáticas actuándose de oficio. En la tutela judicial, de carecer el damnificado de asistencia letrada, tras la recepción de la denuncia o reclamo en el juzgado de turno, se dará intervención a los Servicios Jurídicos Gratuitos que correspondan para que se brinde el correspondiente patrocinio letrado. Para el otorgamiento de daño directo u otras medidas cautelares administrativas o judiciales, la categoría "hipervulnerable" será valorada especialmente como "peligro en la demora" respecto a la composición del conflicto de consumo objeto de denuncia o reclamo".

§ 1.2.6 *Las personas jurídicas como consumidoras en el contrato de seguro – Noción del "consumidor de seguros" - Deber de información de las compañías aseguradoras: comentario a fallo "Induquip Ingenieria S.R.L. c/ Provincia Seguros S.A. s/ daños y perjuicios" (Cámara I, Sala II La Plata)*

Por Javier Rahman. Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

Con anterioridad a la sanción de la ley 26.361, complementaria de la ley 24.240, la tutela de los derechos de las personas jurídicas que reclamaban protección como consumidoras se encontraba controvertida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En la presente ponencia se analizará un fallo reciente de la Cámara de I de Apelaciones, Sala II de La Plata, que resulta muy rico en la materia, echando luz asimismo, acerca de los alcances del deber de información que deben brindar las compañías aseguradoras a sus clientes.

§ 1.2.6.1 Desarrollo

§ 1.2.6.1.1 Antecedentes del caso

La actora inicia acción por daños y perjuicios causados por negligencia e incumplimiento contractual contra la compañía aseguradora, solicitando el resarcimiento de sumas dinerarias que tuvo que abonar a la AFIP (en concepto de IVA, Impuesto a las Ganancias, mutas e intereses) por supuestas "ventas omitidas", cuando la transmisión dominial se dio en el marco del pago de una indemnización por destrucción total de tres vehículos siniestrados, en oportunidad de la inundación que tuvo lugar en la ciudad de La Plata en el mes de abril del 2013. Al iniciar la acción, la firma actora invoca la tutela de la normativa consumeril para ser aplicada a su reclamo, a lo que el Juzgado de Primera Instancia hace lugar, por evidenciarse una "relación de consumo" tramitando todo el proceso, bajo estas patas y con intervención del agente Fiscal.

Al momento de dictar sentencia, llamativamente, la magistrada de grado modifica su criterio y revoca la aplicación de la normativa consumeril, por entender que el reclamo excedía el marco de una relación de consumo, limitándose a tratarlo como una cuestión meramente tributaria.

En ese marco, rechaza la pretensión actoral y la demanda toda.

Interpuesto recurso de apelación por la actora contra dicho resolutorio, la Cámara, luego de oír al Agente Fiscal, retoma la senda del derecho del consumo en estos términos: *"…En primer término, entiendo que tal como postula la quejosa las prescripciones de la ley de defensa del consumidor alcanzan a los contratos de seguro como el que motiva el reclamo bajo examen (arts. 1 y 2 de la ley 24.240). Me explico.* ***IV.1.a****. A condición de que se verifique la existencia de una relación de consumo -esto es, según dispone el art. 3 de la citada ley, un "vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario"- el contrato de seguro se ve amparado por la normativa consumeril. En el caso, el mero hecho de que la actora sea una sociedad comercial, más precisamente una sociedad de responsabilidad limitada, no impide su consideración como consumidora o usuaria. Ello en la medida que la contratación que origine el reclamo lo sea como destinataria final en beneficio propio o de su grupo social (art. 1 LDC). En materia de seguros, esta determinación ha suscitado no pocas dificultades. Ahora bien, a la luz de las pautas que emanan del citado art. 1, la condición fundamental para perfilar el concepto de consumidor es la de destinatario final de dicho servicio. La cobertura del riesgo asegurable -en el caso, referido a la destrucción total de los rodados de propiedad de la sociedad actora- da cuenta de la función económico social del negocio asegurativo celebrado (arts. 953, 1167 su doc. CC; art. 1 ley 17.418). El análisis de tal función contribuye a delinear la noción de consumidor de seguros, reputándose tal tanto a las personas físicas como jurídicas que utilizan dicho servicio, excepción hecha de quienes contratan un seguro para incorporarlo a un proceso productivo empresarial (v. Moeykens, Federico R., en Picasso-Vázquez Ferreyra (dir), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Bs. As., 2013, t. II. Parte especial, p. 477/481).*

Cabe entonces examinar si, en el puntual supuesto de autos, el aseguramiento de los vehículos contratatado con Provincia Seguros SA lo ha sido o no "para su incorporación a un proceso productivo empresarial" desarrollado por Induquip Ingeniería SRL. La respuesta a este interrogante es negativa. Me explico. La adopción legal de criterios objetivos a fin de establecer el carácter de consumidor (art. 1 LDC) requiere confrontar el destino del bien o servicio de que se trate con el área de profesionalidad del pretendido consumidor -esto es, evaluar la vinculación entre los bienes o servicios adquiridos y la actividad de la empresa. Si está fuera de ella será un acto de consumo (v. Santarelli, Flavio G., en Picasso-Vázquez Ferreyra (dir), ob. cit., t. I, p. 30/34). En la especie, el destino final del servicio asegurado contratado por Induquip Ingeniería SRL no aparece involucrado en el proceso productivo y/o comercial que ella brinda. Antes bien, aquél luce fuera del ámbito de actuación profesional específico que surge de su estatuto social (v. cláusula 3º del contrato social de fs. 234 y ss.), lo cual avala su consideración como consumidor o usuaria (CNCom., sala A., "Artemis Construcciones SA", sent. del 21-XI-2000, LL 2001-B, 839; íd. "Lucky Marchand SA", sent. del 17-III-2016, e.o.). ***IV.1.b****. Por lo demás, la demandada Provincia Seguros SA ostenta la condición de proveedora en tanto persona jurídica que desarrolla la actividad asegurativa de manera profesional y en forma habitual (art. 2 de la ley cit.).* ***IV.1.c****. Lo expuesto, claro está, no implica considerar que la ley 24.240 derogó la 17.418, sino que el análisis de la relación contractual habida entre las partes debe hacerse a la luz del marco protectorio contenido en la ley de defensa del consumidor (arts. 2, 1092, 1093, 1094, 1095 Cód. Civ. y Com.; 1, 2, 3 ley 24.240; 1, 2, 60 ley 17.418) (esta sala II, causas C. 268.883 sent. del 8-X-2019 y C. 268.997 ya cit.). Tampoco conlleva que, al momento de dirimir el asunto debatido, se soslaye que la actora resulta ser una sociedad comercial y, como tal, en puntuales aspectos - v.gr. de naturaleza tributaria- su situación no resulte sin más equiparable a la propia de las personas físicas merecedoras de una protección aun* más acentuada en orden a la carencia de suficiente conocimiento y experiencia en tal índole de cuestiones…".

En ese marco, resulta muy interesante la noción aplicada por la cámara del "*consumidor de seguros*", donde el juzgador no distingue entre personas humanas y jurídicas, en tanto y en cuanto resulten usuarios de dicho servicio en carácter de "destinatarios finales", dejando a salvo el caso en que se contrate un seguro para integrarlo a un proceso productivo empresarial.

A tal fin, como parámetro interpretativo, entiende el juez que debe confrontar el destino del bien o servicio del que se trate con el área de profesionalidad del pretendido consumidor, evaluando la vinculación con el objeto social de la persona jurídica.

Ello así, resulta clarificador el fallo para dilucidar los supuestos en que personas jurídicas con fines de lucro pueden actuar como consumidores, reclamando la protección de la ley de defensa del consumidor, que resulta mucho más beneficiosa que las disposiciones ordinarias del derecho privado (civil y comercial), que parten de un presupuesto de contratos celebrados en un pie de igualdad.

Conforme prevé el art. 1 de la ley 24.240 se considera consumidor o usuario a quien adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". A su vez, el art. 2 define al proveedor como toda persona *"que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios*".

Aquí debemos tener presente, que respecto de las personas jurídicas con ánimo de lucro, el carácter de consumidor no se presume. Consecuentemente, los elementos a tener en cuenta para calificarlas como consumidoras deberían ser:

- El destino final: la salida de la cadena de valor del bien o el fin de la vida económica del mismo.-
- Beneficio propio: uso no profesional del bien, adquisición para sí.
- Hiposuficiencia frente al proveedor: desequilibrio entre los contratantes

En esa inteligencia, coincidimos con los fundamentos del fallo en relación a que es menester precisar si la actuación de la empresa que invoca la tutela de la normativa consumeril se encuentra dentro del ámbito de su explotación habitual, evaluando si el bien objeto del contrato se integra a la cadena de producción o comercialización del adquirente y en su caso si el destinatario final del servicio cuenta o no con los conocimientos técnicos suficientes para encontrarse en pie de igualdad en relación al proveedor.

Consideramos acertado el análisis realizado que concluye en la aplicación de la LDC a una persona jurídica con ánimo de lucro.

La figura del consumidor de seguros: Resulta destacable como el fallo en análisis a fin de dirimir la aplicación del digesto consumeril, menciona a la figura del "consumidor de seguros", reputando como tal tanto a las personas físicas como jurídicas que utilizan dicho servicio, con excepción de quienes contratan un seguro para incorporarlo a un proceso productivo empresarial. En tal sentido resulta necesario entender la preeminencia que tiene la ley 24.240 por sobre la 17.418, dado que el art. 42 de la Constitución Nacional ha producido un cambio en el enfoque del derecho, brindando nuevos paradigmas para el abordaje de temas relacionados con los consumidores. En ese marco, el "consumidor de seguros" gozará de todo el marco protectorio que brinda la LDC. Entendemos adecuado el análisis realizado por la Cámara a fin de establecer a una persona jurídica con fines de lucro como consumidora de seguros, haciendo aplicable la normativa consumeril, aplicando correctamente las modificaciones introducidas por la ley 26.361.

El deber de información del proveedor: En otro orden de cosas, resulta interesante el enfoque que el fallo otorga al deber de información que debe brindar la compañía aseguradora, conforme las previsiones del art. 4 de la Ley 24.240.

En ese marco y como antecedente fáctico, cabe destacar que al denunciar el siniestro y solicitar el pago de la indemnización por destrucción total, la compañía aseguradora notificó a la empresa asegurada los requisitos que debía cumplir y la documentación requerida para acceder al pago, los que, engañosamente correspondían a una "venta" y no al pago de un valor residual por la

destrucción total.

A modo de ejemplo, destaco que se solicitó, entre otros requisitos, el acompañamiento de un formulario 08 (correspondiente a una transferencia), y no el formulario 04 correspondiente a una baja vehicular, así como la emisión del formulario CETA.

La realidad subyacente, resultó el negocio que para la compañía aseguradora significaba la ulterior venta de los vehículos siniestrados en distintas jurisdicciones (circunstancia probada en la causa) y por ello, omitió poner en conocimiento del asegurado las consecuencias económicas que el acto de transferencia implicaba.

Esta conducta fue sancionada y la omisión al deber de información fue tratada por la Cámara en estos términos: *"… aquí interesa detenerse en el deber de información a cargo de la proveedora del servicio de seguro y las pautas que imponen una interpretación favorable al consumidor (arts. 42 Const. Nac.; 38 Const. Pcial.; 1.100 Cód. Civ. y Com.; 3, 4 y 37 ley 24.240). El adecuado suministro de información "adecuada y veraz" constituye la columna vertebral del derecho del consumo y viene impuesto por el art. 42 de la CN y 38 de su par provincial (arts. 1100 CCC y 4 LDC, su doc.), lo cual se vincula íntimamente con el principio de buena fe que debe imperar en el ejercicio de los derechos (art. 1198 CC, 9 CCC, su doc.). Puntualmente, el art. 4 de la LDC -texto según ley 26.361, vigente a la época de la contratación y de los hechos que motivan este reclamo- dispone que "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 con claridad necesaria que permita su comprensión". Dicha información debe comprender "toda otra circunstancia relevante para el contrato" y ser "proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión" (art. 1.100 Cód. Civ. y Com.). En este sentido, la Suprema Corte Provincial ha caracterizado al débito a cargo del proveedor como una aplicación a las relaciones de consumo del más genérico deber de buena fe contenido actualmente en el artículo 961 del Código Civil y Comercial (SCBA, C. 117.760 "G, A. C.", sent. del 1-IV-2015) y debe tener –según el*

*Alto Tribunal- aptitud para colocar al consumidor en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado en el negocio. Así las cosas, la información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados y, además, debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor, en cuanto a su extensión y exhaustividad (SCBA, A. 72.408"Negrelli", sent. del 3-XII-2014). En definitiva, el consumidor tiene derecho a ser nutrido de elementos ciertos y objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto respectivo, ya que se trata de una herramienta basilar del sistema protectorio justificada en la desigualdad material que caracteriza a los partícipes de las relaciones de consumo (SCBA, C. 102.100 "Lucero", sent. del 17-IX-2008) (esta sala II, causa C.268.997 y C. 268.883 ya cit.). Por consiguiente, sobre Provincia Seguros SA demandada pesaba el deber de información expreso que surge de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 4 de la LDC, en cuya virtud debía poner en conocimiento de la asegurada en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de la prestación que cumplía y sus alcances (art. 4 LDC). Ello comprendía informar puntualmente las diferencias que importaban -de así existir entre pagar la indemnización por destrucción total de los tres vehículos asegurados como tal, con o sin transmisión de sus restos como valor residual, o hacerlo bajo la forma de una venta a la demandada de los rodados y por su valor asegurado. Ello así, en razón de las consideraciones que seguidamente se formularán. **IV.3.b**. Al momento de examinar, en este caso puntual, el cumplimiento del deber de información he de discriminar dos aspectos centrales. Uno, que hace a la información y conocimiento que tuvo la actora respecto de la modalidad de pago de la indemnización bajo la forma de una venta. Otro, relativo a la información de la nombrada en torno a las consecuencias tributarias de la modalidad impuesta por Provincia Seguros SA a fin de satisfacer la pertinente indemnización. **i]** En lo que atañe al primero no concurre un déficit por parte de la accionada. Veamos. En autos no se debate la contratación y vigencia de la póliza 5.959.169 -certificados 2, 6 y 8- en relación a los vehículos dominio FID 352, IWD 530 y HEJ 588 propiedad de la*

*actora (v. fs. 40/2 y fs. 182 vta. del dictamen contable). Tampoco que a raíz de la inundación que tuvo lugar en la ciudad de La Plata con fecha 2 de abril de 2013, los tres rodados sufrieron destrucción total, riesgo cuya cobertura fue reconocida y asumida por Provincia Seguros SA (v. fs. 74 y 183 del peritaje contable).Ahora bien, "**con la finalidad de proceder a indemnizar**" las unidades afectadas, la demandada exigió a la asegurada la remisión de diversa documentación. Entre ella, y en cuanto aquí interesa, la entrega de los formularios 08 firmados y certificados ante el RNPA a favor de Provincia Seguros SA sugiriendo además que realizara la denuncia de venta correspondiente ante el Registro en el que se encontraban inscriptos los vehículos y ante Rentas) y el formulario CETA (que reemplaza al 381 de la AFIP) de bienes registrables si correspondiera al vehículo, con copia del formulario 08 o de la factura de compra de la unidad de que se trate. Ello, junto a la restante documentación requerida y la entrega de la unidad siniestrada -los restos- en el depósito de la accionada, fueron las condiciones impuestas a los fines de satisfacer la cobertura contratada y que la actora debió satisfacer para recibir el pago que le era debido a raíz del siniestro (v. fs. 5, 6, 43, 138/139 y fs. 183vta./184 del peritaje contable). Dichos requerimientos lucen parcialmente diversos a los que, según informa la Superintendencia de Seguros de la Nación, suelen ser los usuales para supuestos de destrucción total. En este sentido, el citado organismo indica que en estos casos se solicita la constancia de baja por destrucción total expedida por el Registro Nacional de la Propiedad Automotor y número de póliza, a elección de la aseguradora el formulario 04-D para las bajas por destrucción total; la constancia de la solicitud de la baja de patente ingresada en la Dirección de Rentas de la respectiva jurisdicción y la cesión de derechos a favor de la aseguradora, mediante firma en formulario N 15 provista por aquélla, para su posterior inscripción en el RNPA (v. Informe de fs. 141/3). Con todo, lo anterior no impide que las partes puedan acordar una modalidad diversa a la de disponer la baja de los vehículos siniestrados, tal como sucediera en el caso. Y en ese aspecto, si bien la actora adujo haber sido "engañada", no ha promovido la nulidad de la operatoria adoptada para el pago de la indemnización, siendo que difícilmente pueda esgrimir un error*

excusable (arts. 922, 929, 1045 su doc. CC), máxime cuando luce cuanto menos poco probable que desconociera que el formulario 08 y CETA que firmó importaban asignar al pago la forma de una venta. ***ii]*** *A diferente conclusión he de arribar, en cambio, en cuanto al cumplimiento del deber de información respecto de las consecuencias que la modalidad -resalto- impuesta por Provincia Seguros SA importó, en términos económicos, para la empresa asegurada. Si bien Induquip Ingeniería SRL supo -o debió saber- que estaba transfiriendo la propiedad de los rodados siniestrados a su aseguradora, no se ha acreditado que fuera oportuna y debidamente alertada en su condición de consumidora de las consecuencias tributarias que ello arrojaba. Esto -adelanto- en particular en lo que atañe al impuesto al valor agregado y monto por el cual se suscribió la documentación de transferencia. Volveré sobre el punto. La acreditación de haber cumplido debidamente con la información en cuestión pesaba sobre la demandada (art. 375 CPCC) no habiéndose producido prueba alguna tendiente a su demostración. Ciertamente no era la consumidora quien debía suplir el incumplimiento del deber de información que recaía sobre el proveedor quien como tal estaba legalmente obligado a satisfacerlo (art. 4 LDC). Por tanto este déficit autoriza a la asegurada a reclamar por los daños que de ello se deriven (arts. 4 su doc LDC).* ***IV.3.c****. En este contexto fáctico probatorio, la información aportada a Induquip Ingeniería SRL a quien -insisto- se le impuso la suscripción de la documentación por el monto total de las indemnizaciones que recibía como condición para el pago el seguro- fue incompleta en ese puntual aspecto y no reunió los estándares de calidad exigidos en las cartas constitucionales y leyes dictadas en su consecuencia (arts. 42 Const. Nac.; 38 Const. Pcial.; 1198 CC; 1.100 CCCC; 4 ley 24.240 –texto según ley 26.361). En esa línea de razonamiento, la demandada es responsable del incumplimiento cabal del deber información a su cargo aun cuando no medie intención engañosa o mala fe de su parte (art. 4 ley 24.240). El hecho de que la actora no pudiese ignorar que estaba transfiriendo el dominio de los automotores a su aseguradora, no eximía a Provincia Seguros SA del deber de informarla sobre las consecuencias derivadas de la forma en que, por imposición de la compañía de seguros, se satisfizo la indemnización comprometida. Menos aun*

la eximía de abonar los impuestos a su cargo como compradora, operación a la que la aseguradora acudió a fin de luego proceder a la recomercialización de las unidades siniestradas. A todo evento, debió hacer saber a Induquip Ingeniería SRL que la suma cancelada -como tardíamente alegó en este proceso- comprendía el "precio de venta" con más el IVA sin discriminar. Esto último, en especial, si se tiene en cuenta que de ser así la suma indemnizatoria recibida, en rigor, resultaba menor a la que en apariencia se estaba reconociendo conforme a la póliza contratada. ***V.*** *Establecida la violación del deber de información por parte de la demandada, es preciso determinar sus consecuencias jurídicas. En el caso, la actora no disputa la validez del contrato sino que reclama que en razón del defecto de información se la indemnice de los perjuicios sufridos (v. fs. 84/85vta, pto. VI Pues bien, el incumplimiento con el alcance "ut supra" precisado, apareja la responsabilidad de la demandada quien deberá resarcir los daños ocasionados (arts. 505 inc. 3; 519 y ss., CC; arts. 1, 2, 3, 4 y 10 bis in fine su doc. LDC)…".* La transcripción parcial del fallo, demuestra la importancia que reviste dentro de la normativa consumeril, el **deber de información,** que resulta ser uno de los instrumentos básicos y fundamentales para intentar lograr una menor asimetría entre el proveedor de productos o servicios y los adherentes y consumidores. Este punto había sido soslayado por el magistrado de primera instancia.

Dentro del "deber de información" general, también se encuentran el "deber de consejo" y el "deber de advertencia" a favor de la parte más débil de la relación (en el caso la firma actora), y el incumplimiento debe derivar en sanciones a las empresas en general y a las compañías de seguros, en particular, generando al menos la obligación de resarcimiento de los daños causados.

Este "deber de advertencia", implica que en términos de normativa consumeril, *"El Derecho no se presume conocido por los consumidores*", **no pudiendo endilgarle a la reclamante un conocimiento de la cuestión cuando la contraria la privó o le falseó información.**

Resalto que el art. 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica una profundización cualitativa y un aumento cuantitativo

del deber de información, dado que se amplían sustancialmente las obligaciones que tienen las empresas, en especial, las compañías de seguros.

Profundizando aún más el deber de información y el deber de consejo, es que tenemos el deber de advertencia, que se refiere a los riesgos y los perjuicios de índole económica que se les pueden generar a los asegurados, al interactuar jurídicamente con el proveedor.

Así, merced al deber de advertencia, se tiene que explicar y alertar específicamente de los eventuales perjuicios que puede llegar a sufrir el consumidor en general y el consumidor de seguros en particular.

Dichas obligaciones legales se encuentran expresamente normadas en el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor y -en especial- en el art. 1100 del Código Civil y Comercial.

En el caso en análisis, la aseguradora manifestó no encontrarse alcanzada por el deber de información. La Cámara no lo entendió así, en una decisión que comparto.

Tanto el CCyC, como el estatuto del consumidor, evitan que cualquier proveedor de servicios evada su obligación de informar, poniendo en su cabeza el suministro de "*toda información relevante*". En el caso, el daño causado encontró origen en una conducta omisiva de la Aseguradora. Y si bien la Cámara no lo consideró así, entiende esta parte que debió ir más allá, poniendo de resalto que pudo haberse configurado dolo en caso de producción de un daño de manera intencional o con "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos".

El art. 1725 del CCyC valora la conducta del agente causante del daño, estableciendo un mayor rigor, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, estimando el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.

Se agrega que el incumplimiento del deber de información, deber de consejo y deber de advertencia, se encuentra tipificado en el 271 del Código Civil y Comercial, referido a la "Acción y omisión

dolosa" y el art. 1724 del mismo cuerpo legal, dado que en el caso, el proveedor actuó *"...con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos..."*.

Al respecto, resulta oportuno recordar que de acuerdo a lo expresamente normado por el art. 37 de la ley 24.240 in fine y el art. 271 del Código Civil y Comercial, con la violación del deber de información *"...se entiende configurada la acción u omisión dolosa*...", que determina una presunción iure et de iure de responsabilidad.

En resumen, se trajo a este Encuentro un fallo que resulta rico por su visión y por la interpretación que hace de cuestiones vinculadas a la aplicación de la normativa consumeril, arrojando luz en temas tales como la aplicación de la misma a las personas jurídicas con fines de lucro, la existencia de un "consumidor de seguros" y los alcances del deber de información. Entiendo que esto contribuye a crear pautas interpretativas de construcción, y del alcance de un derecho que atraviesa transversalmente a todo el derecho privado como es el derecho del consumo.

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

DERECHO SOCIETARIO

dyd
eBooks

CAPÍTULO 2

DERECHO SOCIETARIO

§ 2.1 Partición de partes indivisas societarias de empresas familiares a través de la licitación

Por María Isabel Tomizzi. Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

Sostengo que la introducción de la herramienta de la licitación en las sucesiones en nuestro reciente Código Civil y Comercial de la Nación fue muy acertada y debemos tenerla muy en cuenta para la resolución de conflictos de partición en relación a todos los bienes, pero en especial a la partición de partes indivisas societarias de empresas familiares.

§ 2.1.1 Desarrollo

La empresa familiar es vulnerable a los conflictos intrafamiliares cuando el fundador de la unidad económica, o uno de ellos, fallece. Se debe tener en cuenta que en nuestro país se planifica poco en el ámbito sucesorio. Sin embargo, esta pandemia del covid 19 hizo resurgir y re pensar en el futuro inmediato de la empresa familiar.

Así, por ejemplo, si la familia empresaria no pudo o no quiso utilizar la modalidad de pacto de herencia futura, regulado en el art. 1010 del C.C. y C. de la Nación que permite pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos, cuando ya sucedió el fallecimiento de un integrante de la empresa familiar, tenemos

una herramienta nueva, como la licitación prevista en nuestro Código Civil y Com. de la Nación.

La licitación[140] ha sido regulada por el art. 2372 del CCYCN de la siguiente manera: "Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta. Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien. La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos. No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación".

Como señala la doctrina, "la licitación es un medio de dividir la cosa (…) con el fin de que ciertos bienes puedan ser adjudicados en la partición a uno o varios copartícipes (…), los extraños son excluidos en absoluto, porque éste no es un remate público"[141].

Para algunos autores, la finalidad de dicho instituto radica en la posibilidad de un coheredero de adquirir un bien por un mayor valor respecto al puramente económico que un heredero puede adjudicarle a una cosa, como consecuencia del vínculo particular que con ella lo une. Puede ser que así sea en algunos casos de empresa familiar, pero, en general, los conflictos se plantean en diversas situaciones, siendo la más común la de la familia que tiene varios hijos, de los cuales uno de ellos nunca trabajó en dicha empresa familiar y de golpe por el fallecimiento del padre o madre pasa a formar parte de la indivisión de esas acciones o cuotas sociales de la empresa. Allí cobra relevancia este instituto de la licitación, ya que los más interesados en conservar la empresa

140 El instituto de la licitación hereditaria estaba previsto en el art. 3467 del Código Civil, siendo derogado por la Ley 17.711. Sin embargo, el Proyecto de 1998 previó su incorporación en el art. 2325 con una redacción similar a la actual, y el CCCN lo reinstaló en el art. 2372.

141 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015 T.X, pág. 2372.

pueden licitar todos los bienes o parte de ellos.

El codificador también protege a quienes no tengan la posibilidad de licitar, así por ejemplo el art. 2375 del CCCN, mantiene la imposibilidad de dividir los bienes, si ello resulta antieconómico, y el art. 2377 establece que los partícipes del proceso sucesorio tengan sus porciones hereditarias de forma equitativa.

En la partición, también se intenta proteger **el valor** del patrimonio de la inflación imperante que hay en nuestro país, ya sea adoptando la modalidad de la licitación u otras posibles.

El artículo 2373 privilegia la partición en especie, siempre que sea posible, por sobre la venta de los bienes.

El artículo 2375 prohíbe la división de los bienes cuando ella fuera antieconómica.

El artículo 2377, luego de establecer que las diferencias entre el valor de los lotes sean cubiertas en dinero, expresa que, si quedare un saldo a pagar en plazos, dicha suma aumenta o disminuye en proporción al valor de los bienes, si el valor de estos aumenta o disminuye por circunstancias económicas.

El art. 2380, al referirse a la atribución preferencial de establecimiento comercial o de derechos sociales, expresamente exige que el saldo se pague al contado.

El artículo 2418, establece que para la colación y el cálculo de legítima se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes.

El artículo 2385, al referirse a la colación del valor de los bienes que le fueron donados al heredero por el causante en vida, señala que ese valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

Al regular la partición por donación, el artículo 2343 ordena que, al realizarse el avalúo, el valor de los bienes debe fijarse a la época más próxima posible al acto de partición.

El artículo 2344 aclara que, si se demuestra que el avalúo no es conforme al valor de los bienes, se debe realizar una retasa total

o parcial de estos.

Es de hacer notar, además, que, tanto en la licitación como en el resto de los artículos, el CCCN hace referencia a “valores” y no a “precios o montos”, dando a entender claramente que la cuantificación que representan los bienes del sucesorio debe guardar relación con el monto real que debe desembolsarse para adquirirlos, más allá de las circunstancias económicas del país.

§ 2.1.2 Conclusión

Sostengo que la introducción de la herramienta de la licitación en nuestro reciente Código Civil y Comercial de la Nación fue muy acertada y debemos tenerla muy en cuenta para la resolución de conflictos de partición en relación a todos los bienes, pero en especial a la partición de partes indivisas societarias de empresas familiares, ya que solo los herederos se encuentran en condiciones de pedir la licitación, dejando fuera cualquier extraño que pudiera afectar la empresa. Adhiero a la conclusión del Dr. Ferrer[142] en su ponencia, cuando dice: “El procedimiento establece que se debe asegurar la igualdad, el derecho de defensa, la concentración y la celeridad procesal. El heredero puede postular por sobre el monto de su hijuela y el pago de la diferencia no la transforma en una compraventa, por aplicación del art. 2403 segundo párrafo del CCC”. Dado que no es una compraventa, tiene su impacto en relación al derecho tributario.

142 Francisco A. M. Ferrer - Esteban M. Gutiérrez Dalla Fontana.

§ 2.2 Importancia de los acuerdos entre socios para enfrentar la crisis del Covid 19

Por Amalia Fensore. Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

El mundo será distinto, quiera la empresa o no; el plantear escenarios, pensar desde cero sin preconceptos, buscar alternativas y en el plano interno lograr consensos entre los socios para aceptar todo tipo de cambios, será un ejercicio diario si queremos tener una empresa viable Post-Coronavirus. Se requerirá por tanto en el plano de la relación entre los socios de vencer la negativa, llegar a consensos, con la certeza que hoy es vital repensar las empresas, que ofrecerán, su estructura societaria óptima, como se financiarán y cuál será la relación social óptima entre los socios. El mundo será distinto, quiera la empresa o no; pensar desde cero la empresa sin preconceptos es obligatorio si queremos tener una empresa viable Post-Coronavirus. Y para ello, y como se dijo al inicio, los acuerdos entre socios para sustentar los cambios son vitales.

§ 2.2.1 **Desarrollo**

La mayoría de las empresas venían atravesando varios periodos con resultados económicos negativos y necesidades frecuentes de inyección de fondos por parte de los mismos accionistas que permitan que las empresas continúen operativas.

A este historial, se le sumó la aparición a nivel mundial del Covid-19, que provocó la restricción de circulación y de actividades económicas para casi la mayoría de las empresas y dejó hasta la fecha un sinfín de consecuencias económicas: locales cerrados, empresas sin funcionar, sin producir ni facturar, fractura de la cadena de pagos, descalce financiero, créditos bancarios muchas veces inaccesibles para la mayoría de las Pymes, incertidumbre sobre lo que vendrá y cómo afectará esto a la viabilidad de las

empresas y por último la necesidad de ir pensando acuerdos entre socios, que quizás antes no existía un "clima societario" para encarar el tema, pero con la pandemia y el riesgo de cierre de la empresa, obligan a pensar todo tipo de acuerdos entre los mismos para lograr la empresa post-coronavirus.

Frente a esta situación, el objetivo de este artículo es amalgamar posibles líneas de trabajo donde deben trabajar los socios, vencer la negativa, llegar a consensos, con la certeza que hoy es vital repensar las empresas, que ofrecerán, su estructura societaria optima, como se financiarán y cuál será la relación social entre los socios.

El mundo será distinto, quiera la empresa o no; pensar desde cero la empresa sin preconceptos es obligatorio si queremos tener una empresa viable Post-Coronavirus. Y para ello, los acuerdos entre socios para sustentar los cambios son vitales.

§ 2.2.1.1 La necesidad de lograr consensos

La empresa luego del covid-19 no va a ser la misma, requiere repensar, reinventarla, lo que implica llegar a consensos interno por parte de los accionistas que acepten todos estos cambios.

Parte de esos consensos implica el correcto análisis y comunicación de la situación de la empresa, las alternativas de acción post-Covid19 y las consecuencias que esto trae para los accionistas, de modo que todos cuenten con el total de información, se sepa porque se proponen diferentes cursos de acción y se fomente un ámbito de debate previo a tomar cualquier medida.

La empresa debe repensar su modelo de negocios, abandonar algunos e incursionar en otros nuevos, lo que implicará cambios en el Objeto Social originalmente pensado y plasmado en el Estatuto y registrado en los Organismos de Control.

Para ayudar a trazar un nuevo rumbo, una nueva empresa, un nuevo objeto social y los consensos societarios que lo sustente, es muy útil la planificación, para anticipar los resultados que se desea alcanzar y determinar las medidas necesarias para llegar al destino

deseado.

Para comenzar, se podrían definir un conjunto de indicadores críticos cuyo seguimiento y evaluación periódica permitirá contar con un mayor conocimiento de la situación de la empresa.

El método de trabajo comienza identificando como áreas clave a aquellos temas relevantes a monitorear y cuyo fracaso permanente impediría el progreso, aun cuando el resultado de todas las demás áreas fuera bueno. Deben mensurarse, controlarse y planear acciones de contingencia si alguno se aleja de los objetivos.

§ 2.2.1.2 Un nuevo objeto social

A nivel legal, el Objeto Social de una empresa es el conjunto de actividades que va a desarrollar la sociedad y la que declara ante los organismos de control, y debe ser posible, lícito y determinado.

En el Objeto Social de una empresa se pueden incluir múltiples actividades, que no necesariamente pueden estar relacionadas entre sí. Así por ejemplo, una misma empresa puede incluir en su Objeto Social las actividades de desarrollo de software, formación y promoción inmobiliaria pero teniendo en cuenta que el conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social, conforme la normativa vigente y nueva de la Resolución 5/20 de la Inspección General de Justicia (I.G.J).

La Resolución mencionada ut- supra- vuelve a exigir un Objeto Social específico a la hora de abrir una sociedad, como así también se suprime la posibilidad de fijar un objeto múltiple en las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). A su vez, es de suma importancia saber con qué capital contamos porque el mismo hace al objeto de la sociedad.

Si bien muchos empresarios y colegas indican que esta decisión del organismo de control Inspección General de Justicia (I.G.J.) representa un retroceso respecto a los beneficios que se lograron con la ley 27.349, decimos que la posibilidad de fijar un Objeto Social amplio es primordial para todo emprendedor y / o empresario.

En términos netamente jurídicos, decimos que se deroga una reso-

lución del año 2016 (RG 8/2016), la que regulaba ambos aspectos de la creación de una sociedad y volvemos a regirnos la resolución del año 2015 (RG 7/2015).

Asimismo, decimos que más allá de la disputa doctrinaria, es importante saber que el Objeto Social consiste en la categoría de actos a la que se va a dedicar la empresa y, el cual no debe confundirse con el objeto del contrato de sociedad el cuál se encuentra constituido por prestaciones de dar y hacer en donde los socios se comprometen a efectuar.

No obstante, cuando hablamos del Objeto Social hacemos referencia a la actividad que desarrolla la sociedad y, es aquí donde debemos preguntarnos si es pasible seguir con el mismo o cambiarlo para avanzar en estos tiempos de emergencia sanitaria o mantener el Objeto Social conforme a Estatuto o Contrato Social y desaparecer del mercado.

A nivel societario y de relaciones entre los socios, si se decide un cambio de rumbo a través del Objeto Social, se deberá trabajar con los socios para explicarles el panorama, la necesidad del cambio y lograr consensos para su aprobación.

§ 2.2.1.3 Documentación al día

A la hora de tomar cualquier decisión y buscar los consensos societarios internos que lo sustenten, se requiere la revisión de los contratos firmados por la sociedad, si están todos los aspectos correctamente regulados y en caso de falencias, buscar subsanarlos.

En todos aquellos contratos en donde participe la sociedad debe tenerse en cuenta elementos imprescindibles, a saber: consentimiento, capacidad, autonomía de la voluntad, objeto, licitud y causa fin.

Por otro lado, es de suma importancia la asesoría legal y contable de la empresa para el cumplimiento de sus obligaciones (también llamado Compliance), es decir cómo interpretar los datos de una empresa, sus fallas y monitorear el correcto cumplimiento con lo normado por los organismos de control del Estado.

Esa asesoría legal y contable, el cumplimiento de normas también se puede extender a estar aptos para afrontar exitosamente un Due-Dilligence en el caso de una posible venta o fusión con otra empresa.

No obstante, por medio de esta asesoría legal y contable uno puede descubrir no sólo las fallas de la empresa sino también deudas, posibles juicios, ciertas irregularidades, ya que es conveniente que por ejemplo en la compraventa de empresas los vendedores preparen muy bien la información que van a ofrecer a los compradores para poder anticiparse ante diferentes contingencias posibles.

§ 2.2.1.4 Analizar posibles procesos de reorganización societaria

Un cambio en el Objeto Social también implica analizar posibles procesos de reorganización societaria que implican evaluar la situación societaria actual, el tamaño de la empresa y compararla contra la necesaria en la nueva situación post-Covid19, ver diferentes alternativas que brinda el Derecho Societario para colaborar en dicha tarea y quizás encarar algún proceso de fusión, escisión o transformación, todos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Entre las alternativas, encontramos:

§ 2.2.1.4.1 Fusión

Cuando hablamos de fusión decimos que dos o más sociedades se integran en una sola empresa, la que absorbe sus activos y pasivos, y su personal.

Algunas de las características son:

- Se puede lograr una complementación de actividades que le otorguen a la nueva empresa una ventaja competitiva.
- Mayores economías de escala y reducción de costos.

Para realizar una fusión se requiere evaluar los estados financieros auditados de ambas empresas para conocer posibles contingencias contables y legales, y pasivos ocultos, lo que implica un análisis de la situación real de la empresa previa a un acuerdo de Fusión.

Ahora bien, en términos jurídicos societarios, conforme al artículo 82 de la Ley General de Sociedades (LGS), la fusión puede ser de dos formas, a saber:

- Fusión propiamente dicha: Dos o más sociedades deciden disolverse, sin liquidarse, para constituir juntas una nueva sociedad; ej. Coronavirus S.A y Pandemia S.R.L. deciden fusionarse, creando una nueva sociedad: Covid 19 S.A.
- Fusión por absorción: Una sociedad ya existente incorpora o absorbe a otra u otras sociedades. La sociedad absorbida se disuelve pero no se liquida; ej. Coronavirus S.A, Pandemia S.R.L y Barbijos S.A deciden fusionarse por absorción. Pandemia S.R.L y Barbijos S.A se disuelven -sociedades absorbidas-, transfiriendo la titularidad de sus derechos y obligaciones a Coronavirus S.A, que es la sociedad incorporante o absorbente.

Por otro lado, decimos que la fusión sea cual fuere el tipo, debe cumplir con distintas etapas: compromiso previo de Fusión, motivos y finalidades de la fusión, balances especiales, relación de cambio, el proyecto del contrato y sus limitaciones, publicidad, oposición de acreedores, acuerdo definitivo de fusión e inscripción.

Es importante resaltar los efectos de la fusión: 1) La nueva sociedad o la sociedad incorporante adquiere la titularidad de derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose así la transferencia de sus patrimonios; 2) Quiénes eran socios en las sociedades disueltas adquieren la calidad de socios en la nueva sociedad o sociedad incorporante.

§ 2.2.1.4.2 Escisión

La escisión divide el patrimonio en forma total o parcial en sociedades de menor tamaño, pero quizás más eficaces por la

operatoria del mercado así requeridas o por necesidades financieras de división de los socios luego de la emergencia global que vivimos.

Decimos entonces que la escisión es una forma de organización de la actividad económica de una o varias sociedades, mediante la adopción de una nueva organización jurídica que lleva a un desprendimiento patrimonial.

Ahora bien, así como anteriormente mencionamos dos tipos de Fusión, en esta forma de reorganización societaria también tenemos diferentes clases de escisión según la LGS, a saber:

- "Escisión con absorción" conforme la LGS en el artículo 88, inc. 1 primera parte: Una sociedad sin disolverse (sociedad escindente) destina parte de su patrimonio para fusionarse con otra sociedad ya existente (sociedad escisionaria). Decimos entonces que la sociedad escisionaria absorbe o incorpora una porción del patrimonio de la sociedad escindente, de esta forma el capital social aumentará y, deberá atribuirles participaciones a los socios de la sociedad escindente. Por su parte, la sociedad escindente no se disuelve sino que sigue existiendo pero con un patrimonio menor al que tenía.

- "Escisión- Fusión" conforme al artículo 88, inc.1 segunda parte: Dos o más sociedades (sociedades escindentes) destinan parte de sus patrimonios para crear una nueva sociedad (sociedad escisionaria).

Es así que las sociedades escindentes no se disuelven, sino que siguen funcionando con un patrimonio menor. Los socios de éstas adquieren la calidad de socios en la nueva sociedad (escisionaria).

- "Escisión propiamente dicha" conforme al art. 88, inc.2: Cuando una sociedad (sociedad escindente), sin disolverse, destina parte de su patrimonio para la creación de una o varias sociedades nuevas (sociedades escisionarias).

Esta clase de escisión se decide de manera unilateral por la sociedad escindente, la cual deberá confeccionar el contrato constitutivo de la nueva o nuevas sociedades (escisionarias) y por lo tanto las sociedades escisionarias tendrán su propio capital, pero sus socios serán los mismos que en la escindente.

- "Escisión división" conforme al artículo 88, inc. 3: Una sociedad se disuelve sin liquidarse (sociedad escindente) para destinar todo su patrimonio a la creación de nuevas sociedades (sociedades escisionarias). Por ende, las sociedades escisionarias estarán integradas por los mismos socios que la escindente y tendrán su propio capital social.

En conclusión, decimos que en la escición se divide sociedades mientras que la Fusión suma sociedades. Como beneficios de la escisión, encontramos que permite tener empresas de acuerdo a las necesidades reales del mercado y de sus socios.

§ 2.2.1.4.3 Transformación

A la fecha, la empresa viene operando con un tipo societario determinado que puede ser principalmente bajo la forma de Sociedad Anónima (S.A.), Sociedad de Responsabilidad Limitada (S.R.L.), Sociedad por Acciones Simplificadas (S.A.S.) y la Sociedad Anónima Unipersonal (SAU); sin embargo, en la nueva etapa post-Covid19 este tipo quizás no sea el ideal para el nuevo esquema de trabajo y se deberá verificar si es el ideal o se requiere algún proceso de transformación societaria.

Acá se ponderará los requisitos de control, órganos de dirección, capital mínimo y volver a pensar cuál es el óptimo, ya que cuando el empresario va en búsqueda de un nuevo equipo de trabajo, empleados y sobre todo de una organización, le conviene esta figura por las siguientes características:

- No se extingue la sociedad.
- Solo se produce el cambio de figura jurídica societaria a una más acorde a las necesidades de los socios (S.A., S.R.L., S.A.U., S.A.S.).
- Los socios siguen manteniendo la misma proporción de participación en relación con el capital social, pero con las responsabilidades del nuevo tipo societario.

Decimos entonces que conforme al art. 74 de la Ley General de Sociedades (LGS), hay transformación cuando una sociedad adopta

otro de los tipos previstos, o sea nos encontramos en presencia de un mecanismo por el cual se utilizan las sociedades regularmente constituidas para adoptar un tipo social distinto al que poseen, por ejemplo: una sociedad colectiva puede transformarse en una S.R.L como así también una Sociedad comandita simple puede transformarse en S.A., por poner ejemplos.

Si no existiera la transformación societaria, los socios deberían lamentablemente que afrontar en el proceso de disolución de una sociedad; Es por eso que la transformación modifica su tipo social sin necesidad de ser disuelta, continuando con los mismos derechos y obligaciones que poseía anteriormente, se necesita que la sociedad este regularmente constituida según un tipo determinado y que adopte otro tipo también determinado para su restructuración.

Así como la Fusión y Escisión tiene diferentes tipos pasa lo mismo con la transformación, a saber:

- "Transformación voluntaria": Los socios deciden transformar la sociedad por una más conveniente al nuevo tipo social. Ejemplo: si los socios consideran que sus negocios requieren una organización más compleja, podrán transformar la sociedad colectiva en una S.A.
- "Transformación forzosa obligatoria": La que se da cuando la ley obliga a los socios a transformar la sociedad.
- "Transformación de pleno derecho" conforme al artículo 94 bis de la LGS: Cuando se produce la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, ya que en la segunda parte de esta normativa, se da un término de 3 meses pasado el cual la sociedad se transforma en una SAU.

§ 2.3 La irrupción de la tecnología en el funcionamiento organizacional de las Personas Jurídicas. ¿Modalidad de excepción o regla a futuro?

Por Dra. Elvira Beatriz Capici, Dr. Marcelo Perciavalle, Dr. Agustín Castro. Universidad De Ciencias Empresariales y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

PONENCIA

La tecnología representa en la actualidad, una herramienta vital para la realización de distintas actividades. Si bien ello resulta evidente, debemos tener presente que su incorporación al ámbito jurídico no ha logrado receptividad inmediata. Por lo tanto, evaluaremos en esta oportunidad, las posibilidades que nos ofrece el ordenamiento legal para utilizar válidamente mecanismos tecnológicos aplicables a las denominadas "reuniones a distancia", desde una perspectiva amplia e integradora que posibilite su definitiva implementación por parte de los sujetos interesados.

§ 2.3.1 Introducción

A raíz del inesperado brote de una nueva cepa de la familia de los coronavirus popularmente conocida como Covid 19 y, la vertiginosa propagación del mismo, se ha planteado la necesidad de implementar distintas regulaciones por parte de las autoridades gubernamentales a fin de paliar los impactos en la salud de la población. Entre las medidas adoptadas, se encuentra la restricción de la circulación de personas tendientes justamente, a evitar la expansión del virus y sus consecuencias dañosas.

En tal sentido, el Poder Ejecutivo mediante el DNU 297/2020, y sus sucesivas prórrogas, dispuso la prohibición de traslado de individuos, (estableciendo algunas excepciones), a los efectos de hacer cumplir el aislamiento preventivo y obligatorio. En el contexto aludido, es de destacar que la actuación económica empresarial

y demás actividades que impliquen el suministro de servicios esenciales, deben y necesitan continuar con su gestión y toma de decisiones, no sólo en cuanto a su giro habitual, sino también, para una oportuna planificación y adaptación a una realidad compleja y a un futuro inmediato incierto. La tecnología representa en la actualidad y, en especial, en la particular situación que vivimos, una herramienta imprescindible a la hora de realizar un número significativo de tareas. Al respecto, corresponde señalar la importancia que reviste la posibilidad de realizar las denominadas "reuniones a distancia", tendientes a tomar las correspondientes decisiones que hacen a la continuidad y proyección de los diversos sectores.

Como se ha mencionado anteriormente, los órganos de las entidades deben y necesitan continuar sus actividades y el modo de llevarlas a cabo, es a través de la deliberación en las reuniones que se convoquen al efecto. Dada la imposibilidad de concurrencia "física" por los motivos señalados, la asistencia "de forma remota" por medios electrónico o digitales, brinda una alternativa sumamente valiosa.

En el ámbito del derecho comercial en general y, en lo que respecta a las personas jurídicas y sociedades comerciales en particular ¿es necesario que nos encontremos inmersos en un contexto como el actual para asimilar las virtudes de la tecnología? ¿Es posible utilizarla para el normal funcionamiento de los sujetos mencionados, sea una sociedad, fundación, asociación o cualquier otra persona jurídica? Anticipando nuestro criterio, creemos que debemos aceptar y reconocer estas nuevas modalidades de reunión para los integrantes de los órganos de las entidades, como así también, su practicidad para realizar distintos trámites. En ese orden de ideas, consideramos que constituye una oportunidad para internalizarlo y aplicarlo de cara al futuro, independientemente de las limitaciones o restricciones a la circulación actual. Asimismo, entendemos que el ordenamiento jurídico (previo a las distintas resoluciones dictadas como consecuencia del aislamiento obligatorio) ha demostrado cierta receptividad en cuanto a estas nuevas modalidades de reunión por vía telemáticas o remotas.

Así, presentaremos un análisis sistémico entre el CCCN, las leyes especiales, y las resoluciones dictadas en los últimos meses por los distintos órganos de control y plantearemos algunas ideas que enriquezcan este nuevo instituto, de modo tal, que no quede reducido a una autorización y aceptación temporal, sino que sea reconocido como una alternativa facultativa equivalente a la "reunión presencial física".

§ 2.3.2 Desarrollo

A fin de adentrarnos en el tema que nos ocupa, debemos tener presente en primer término, la prelación normativa prevista en el artículo 150 CCCN en relación a las personas jurídicas privadas, señalando el siguiente orden: "... a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título...". A partir de la reforma en la que derivó la unificación del CCCN, se recepta el instituto de la reunión a distancia en el artículo 158 correspondiente al Libro I, Titulo II, Sección 3a relativo al funcionamiento del gobierno, administración y fiscalización de la persona jurídica, disponiendo que: "El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica". La norma citada, agrega en el segundo párrafo que: "En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse". Al respecto, debemos destacar dos cuestiones: En primer lugar, es evidente, que la norma reconoce expresamente la posibilidad de realizar una reunión del órgano competente por medios que permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, como pueden ser por medios

electrónicos. En segundo lugar, siendo este el punto de inflexión para el análisis hacia adelante, es clave resaltar, la función que la normativa del código cumple para este tipo de reuniones, como es el caso de la ausencia de previsiones especiales. Entendemos que la ausencia de previsiones especiales hace referencia al estatuto y no a las normas regulatorias especiales. A partir de aquí, debemos conjugar las demás disposiciones que completan el marco normativo que rige la materia, a fin de indagar y dar respuesta a la cuestión que planteamos. La ley general de sociedades 19.550 no hace expresamente alusión a la celebración de reuniones bajo estas modalidades y, consecuentemente, tampoco las prohíbe. Si bien podemos destacar que la LGS en el artículo 159, correspondiente a las resoluciones sociales en el marco de las sociedades de responsabilidad limitada, ofrece alternativas para la emisión del voto de los socios -sin referir a medios electrónicos-, alude expresamente a cualquier procedimiento que garantice la autenticidad.

Un apartado especial merece la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor que dio origen a las Sociedades por Acciones Simplificadas. En este caso, la ley recepta expresamente la posibilidad de que tanto los órganos de administración como el de gobierno puedan celebrar reuniones "fuera de la sede social", haciendo alusión a las "reuniones a distancia". Para el caso del órgano de administración está previsto en el artículo 51, segundo y tercer párrafo[143], mientras que, para el órgano de gobierno, está previsto en el artículo 53, tercer párrafo[144]. Por su parte, la resolución general 7/2015 dictada por la Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, adecuando su normativa a la

143 La citación a reuniones del órgano de administración y la información sobre el temario que se considerará podrá realizarse por medios electrónicos, debiendo asegurarse su recepción. Las reuniones podrán llevarse a cabo en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta deberá ser suscripta por el administrador o el representante legal, debiéndose guardar las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

144 El instrumento constitutivo podrá establecer que las reuniones de socios se celebren en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los socios y participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta deberá ser suscripta por el administrador o el representante legal, debiéndose guardar las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

sanción del CCCN, prevé en el artículo 84 la posibilidad de celebrar reuniones de socios y de administración bajo estas modalidades. El artículo mencionado dispone: "El estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismo para la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice: 1. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; 2. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; 3. La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; 4. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; 5. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; 6. Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social. 7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación". Podemos observar que la norma es clara en cuanto a los recaudos que deben cumplirse para poder llevar a cabo válidamente una reunión bajo esta modalidad, particularmente destinada a garantizar los derechos de participación, deliberación y voto de aquellos intervinientes, y también, para el resguardo del material en donde consta lo actuado. Si bien las reuniones a distancia han sido expresamente previstas en la normativa citada para los supuestos allí contemplados, lo cierto es que ello, no resulta aplicable a la generalidad de las sociedades que funcionan en nuestra plaza ya que sus estatutos normalmente no han previsto dicha posibilidad. Como consecuencia de lo expuesto y, en virtud del DNU 297/2020 y las sucesivas prórrogas que dispusieron el aislamiento y la restricción de circulación, los respectivos Registros Públicos de las distintas jurisdicciones han dictado resoluciones expidiéndose sobre la celebración de reuniones por medios elec-

trónicos o a distancia, principalmente refiriéndose a los órganos de gobierno y administración. Del análisis de las distintas resoluciones como la 11/2020[145] de la IGJ de CABA, 055/2020 de D.I.P.J de Entre Ríos, 743/2020 de D.P.J. de Mendoza, el comunicado de I.G.P.J de Santa Fe, por tomar algunos ejemplos, observamos que, en todos los supuestos, se contempla la posibilidad de utilización de medios electrónicos para celebrar reuniones a distancia, considerando la coyuntura actual, refiriéndose a los recaudos a cumplir y su carácter temporal mientras dure el asilamiento obligatorio. En sentido concordante, es oportuno reiterar que tanto las resoluciones de estos organismos como la emanada de la Comisión Nacional de Valores mediante resolución 830/2020[146] autorizan celebrar las reuniones correspondientes al **órgano de gobierno y de administración, por medios telemáticos y a su vez, por el periodo que**

145 ARTÍCULO 3°: DISPONGASE que durante todo el periodo en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, se prohíba, limite o restringa la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria declarada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 y sus eventuales prórrogas, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los recaudos previstos, según corresponda, en los artículos 1° o 2° de la presente resolución, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubieran previsto. Transcurrido este periodo únicamente se aceptarán la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean en términos de los artículos 84 o 360 de la Resolución General 7/2015.

146 ARTÍCULO 1°.- Durante todo el periodo en que se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general, como consecuencia del estado de emergencia sanitaria en virtud del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 y normas sucesivas del Poder Ejecutivo Nacional, las entidades emisoras podrán celebrar reuniones a distancia del órgano de gobierno, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubiera previsto, siempre que se cumplan los siguientes recaudos mínimos... ARTÍCULO 2°.- Durante el periodo señalado en el artículo precedente, las entidades emisoras podrán celebrar reuniones del órgano de administración, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubiera previsto, siempre que se cumpla con los recaudos previstos en el artículo 61 de la Ley N° 26.831. En el caso de no estar previsto en el estatuto social la posibilidad de celebrar las reuniones de directorio a distancia, la primera asamblea presencial que se celebre una vez levantadas las medidas de emergencia citadas en el artículo precedente, deberá ratificar lo actuado como punto expreso del orden del día, contando para ello con el quórum exigible para las asambleas extraordinarias y con las mayorías necesarias para la reforma del estatuto social".

duren las restricciones de circulación, aun en aquellas sociedades que no hayan previsto esta modalidad de reunión en sus estatutos.

Sin perjuicio de que estas resoluciones pudieron haberse dictado a los efectos de disipar dudas en cuanto a si es válido o no celebrar reuniones bajo la modalidad indicada, principalmente para aquellos que no lo tenían previsto en sus estatutos, ¿era necesario dictar una resolución en estos términos autorizando una modalidad de reunión que ya estaba autorizada según el CCCN?

A los fines de dar respuesta a este interrogante, entendemos que hay que distinguir, por un lado, la normativa de la CNV conjuntamente con la Ley de Mercados de Capitales y su decreto reglamentario, y, por otro lado, la normativa de la LGS y las resoluciones de los organismos de control. Comenzando por el análisis de la LGS, la misma no se expide expresamente sobre el deber de estipular en el estatuto de forma previa las reuniones a distancia. Ello, obviamente pues, a la fecha de su sanción, no se advertía la posibilidad de implementar métodos electrónicos o a distancia. Por lo tanto, podría inferirse que el artículo 158 del CCCN pretende brindar una solución para el caso que el estatuto nada previera. En este orden de ideas, las resoluciones emanadas de los organismos de control aludidas, se encuentran en un orden de prelación inferior a las disposiciones contenidas en el CCCN, por lo cual, no podría desvirtuar un derecho previsto en el código de fondo. En el caso de la CNV puede efectuarse un análisis interpretativo diferente debido a que la resolución 830/2020 se funda en la ley 26.831 y su decreto reglamentario, en ambos casos aludiendo al artículo 61 de la ley citada, el cual dispone siguiente: “Administración. El órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras cuando así lo prevea el estatuto social. El órgano de fiscalización dejará constancia de la regularidad de las decisiones adoptadas. Se entenderá que sólo se computarán a los efectos del quórum a los miembros presentes salvo que el estatuto establezca lo contrario. Asimismo, el estatuto deberá establecer la forma en que se hará constar en las actas la participación de miembros a distancia. En el caso de

reuniones a distancia del órgano de administración, las actas serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco (5) días hábiles de celebrada la reunión por los miembros presentes y el representante del órgano de fiscalización. El estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia, a cuyo efecto la Comisión Nacional de Valores reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto".

Por su parte, el decreto reglamentario expresa lo siguiente: "Cuando los estatutos de las entidades emisoras prevean la posibilidad de celebrar asambleas a distancia, deberán establecerse canales de comunicación que permitan la transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras asegurando el principio de igualdad de trato de los participantes. Deberá dejarse constancia en el acta de los sujetos y el carácter en que participaron en el acto a distancia, el lugar donde se encontraban, y de los mecanismos técnicos utilizados. La celebración de una asamblea a distancia deberá ponerse en conocimiento de la COMISION NACIONAL DE VALORES con CINCO (5) días hábiles de anticipación. La COMISION NACIONAL DE VALORES podrá designar uno o más inspectores con función de veeduría para asistir al acto asambleario. APODERADOS. En el caso de tratarse de apoderados, deberá remitirse a la entidad con CINCO (5) días hábiles de antelación a la celebración el instrumento habilitante correspondiente, suficientemente autenticado. PROCEDIMIENTO. ASAMBLEA A DISTANCIA. Las entidades que hagan uso de esta facultad deberán presentar en la COMISION NACIONAL DE VALORES los procedimientos a utilizar para su aprobación por el Organismo". Surge del art. 61 de la ley citada, la posibilidad de realizar reuniones a distancia, en tanto hayan sido contempladas en el estatuto. Ahora bien, en el supuesto de interpretarse que esta disposición es de carácter imperativa, de modo que no existiera la posibilidad de realizar una reunión bajo esa modalidad sin estipulación previa ¿resulta posible que el órgano de control (CNV), tenga la potestad suficiente para modificar lo previsto por el CCCN? Sin desatender sus atribuciones regulatorias, las mismas deben ser congruentes dentro del marco legislativo vigente. En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto por el citado art. 158 CCCN, es posible celebrar reuniones a distancia en ausencia de previsiones estatutarias. Naturalmente, deberán cumplimentarse

los demás recaudos previstos legislativamente, a fin de garantizar la veracidad, transparencia y seguridad de lo actuado.

Las consideraciones vertidas hasta el presente, han sido evaluadas a la luz de las referencias temporales mencionadas en las resoluciones que "autorizan" las reuniones a distancia, tanto por la CNV como por los organismos de control de las personas jurídicas, dado que este es un recurso del que pueden servirse todas las entidades por su expresa contemplación en el CCCN y, siempre que una norma de orden de prelación superior no estipule lo contrario. Por lo tanto, habiéndose contemplado de manera expresa por la ley de fondo la posibilidad de realizar reuniones a distancia, no debería interpretarse que sólo sea una alternativa sujeta a autorización por los Registros respectivos y, menos aún, que sólo sea de carácter temporal.

§ 2.3.3 Conclusión

A modo de síntesis y de conclusión, haremos algunas reflexiones finales sobre la posibilidad de instaurar con carácter definitivo las reuniones a distancia.

Para ello, hemos tratado de evaluar el interés jurídico protegido que, en el supuesto de análisis, está dado por el resguardo en favor de los miembros y órganos a través de los cuales actúan las personas jurídicas, de ser convocados y deliberar con total transparencia y seguridad. Ello, a fin de garantizar que las resoluciones adoptadas resulten de la genuina voluntad de quienes lo integran y participan.

Por lo tanto y, sin perjuicio de las dificultades actuales que conllevan a un aislamiento por razones sanitarias, deberían comenzar a naturalizarse las reuniones a distancia del mismo modo que las reuniones presenciales. En efecto, teniendo en cuenta las bondades que ofrece la tecnología como una herramienta que facilita la realización de diversas actividades, no se observa obstáculo para que las reuniones a distancia puedan implementarse de manera segura y definitiva.

Es decir, quitarle la característica de excepcionalidad, para con-

vertirlas en una alternativa facultativa posible, aun después de finalizadas las restricciones de circulación y de concurrencia ya mencionadas. La pandemia nos ha impuesto un cambio en algunas prácticas diarias, siendo una de las más relevantes, la reunión de los órganos sociales. A su vez, los adelantos y plataformas tecnológicas con las que contamos actualmente han demostrado su efectividad, permitiendo la continuidad de las actividades. De hecho, en muchos casos, resultaría más beneficioso que las prácticas tradicionales ancladas en tiempos pasados, pues permitiría a aquellos que se encuentren imposibilitados de asistir al lugar de encuentro, participar y deliberar en consecuencia.

No dudamos que puedan sancionarse normas que permitan una mejor implementación del uso de la tecnología con los debidos resguardos protectorios. Ello, en pos de facilitar las gestiones y el normal desarrollo de las actividades, otorgando a los interesados, al menos, la posibilidad de optar por los mecanismos de organización internos que consideren más adecuados, garantizando como premisa fundamental que ningún derecho se vea vulnerado.

§ 2.4 Distanciamiento social, acercamiento virtual. Un antídoto necesario en tiempos de pandemia y un aggiornamento impostergable en tiempos de normalidad

Por Pablo E. Arenas[147]. Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

En medio de una crisis sin precedentes en la historia reciente de la humanidad, se produce, por la imperiosa necesidad de resolver la parálisis orgánica societaria, un cambio en el criterio de la IGJ. El dictado de la Res. 11/2020, en su fundamentación recoge, no solo principios esenciales tales como la "libertad de formas" o el "principio de conservación de la empresa", sino que además avanza en desterrar interpretaciones obstructivas, que en relación a lo establecido en los Arts. 233, 238 y 243 de la LGS, se realizaban respecto la posible aplicación del Art. 158 del CCCN y los mecanismos de comunicación a distancia respecto las SA, ponderando la necesidad de interpretar aquellas previsiones normativas en favor de los socios y no en su contra. Ello permite sostener que el nuevo criterio debería perdurar inmune aún luego de salvada la situación de pandemia actual. Por otra parte, no habiendo aun resolución alguna por parte de la DPPJ bonaerense, la fragilidad de la situación debiera merecer la pronta atención y resolución, pues, la aplicación del Art. 158, pensado expresamente para aplicarse en caso de falta de previsión estatutaria, exige la unanimidad, situación poco operativa y que podría paralizar las sociedades en caso de conflicto, dejando endebles las resoluciones adoptadas en el marco de la presente emergencia.

147 El autor es Abogado egresado de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Comercial del CALP. Jefe de Trabajos Prácticos de la Materia Sociedades Comerciales de la UDE-La Plata, Adscripto en Derecho II de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP, y Adscripto en Derecho Comercial II de la Facultad de Cs. Jurídicas y sociales de la UNLP. Actualmente maestrandoen la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral.

§ 2.4.1 Introducción

En un contexto de crisis generalizada, donde las empresas se debaten por sobrevivir a las dificultades económicas generadas por la Pandemia COVID-19, se ha generado, además, en el caso de las sociedades, la paralización orgánica y la consecuente imposibilidad de adoptar decisiones asamblearias.

El distanciamiento social y el aislamiento dispuestos por el Estado, parecían condenar a las sociedades a una parálisis fatal en tiempos donde más necesario resultaba adoptar resoluciones con rapidez y agilidad, pero, sobre todo, de forma válida.

La virtualidad, y la posibilidad de sesionar a distancia, se convirtieron entonces, en una alternativa indispensable e inevitable.

En esta anormalidad -que cada día se acerca más a la "nueva normalidad" que nos espera-, la virtualidad se esparció rápidamente e invadió nuestros ámbitos cotidianos, educativos, académicos, laborales, y también empresarios.

Los organismos de contralor debieron apresurarse, entonces, a reglamentar la emergencia en materia "orgánico-societaria" y aceptar, de manera forzada, las asambleas a distancia, tan largamente resistidas, incluso frente a su reconocimiento legal expreso luego de la sanción del Código Civil y Comercial.

§ 2.4.2 El Art. 158 del CCCN y su reglamentación. Sociedades abiertas y cerradas. Los distintos tipos societarios y el Art. 84 de la Res. 7/2015 de IGJ

La posibilidad de incorporar tecnología y sesionar a distancia no resulta, a estas alturas, una novedad, ni tecnológica ni legal.

Sin embargo, la postura tradicional en la materia resultó sistemáticamente reticente a aceptar a posibilidad de adoptar resoluciones a distancia en materia societaria.

Ello incluso aun cuando con la sanción del Código Civil y Comercial se incorporó en su Art. 158 la previsión legal de admitir la utilización de mecanismos que permitan la comunicación simultánea de

VOLVER A ÍNDICE

los participantes a distancia cuando todos los que deban participar en el acto lo consientan.

La principal virtud de la norma incorporada por el CCCN radica en su amplitud. Ello por cuanto solo se limita a requerir la simultaneidad en la comunicación.

Por su parte, la contraparte negativa, se encuentra en la requisitoria de unanimidad. Situación de difícil cumplimiento en supuestos de multiplicidad de socios, y desde ya, en supuestos de conflicto o disconformidad. Sin embargo, ello es atendible y lógico, por cuanto la regulación del CCCN se realiza frente a la ausencia de previsión estatutaria expresa al respecto. De allí, que la unanimidad sea perfectamente entendible.

El campo quedo entonces abierto a la regulación específica para cada una de las personas jurídicas, como así también para cada una de las jurisdicciones.

En materia de sociedades corresponde realizar algunas aclaraciones previas.

En primer término, la cuestión relativa a las sociedades abiertas o cotizantes. Las cuales gozan de una regulación específica, antes en el Dec. 677/01, hoy en la Ley 26.831 -reguladora del Mercado de Capitales-, que en su articulado establece-establecía incluso antes de la reforma del Código Velezano-, la posibilidad de funcionar con sus miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de “sonido, imágenes y palabras” cuando así lo prevea el estatuto social, tanto en su órgano de administración como en sus Asambleas de socios, pudiendo computarse a sus efectos el quórum con los participantes a distancia.

En segundo lugar, en materia de sociedades cerradas, encontramos evidentes y singulares diferencias entre las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Anónimas y, por último, las recientemente en vilo, Sociedades por Acciones Simplificadas.

Las asambleas como tales existen solo en el ámbito de las SA y las SAS, aplicándose en el caso de las SRL la normativa en forma supletoria a lo que en rigor debe llamarse “reunión de socios”.

Asimismo, en materia de SRL nos encontramos con la posibilidad, inexistente en las SA, de adoptar resoluciones por el llamado "mecanismo de consulta" a los socios, en cuyo caso el requisito será la adopción de medios "fehacientes" y requiere necesariamente del establecimiento de "domicilios constituidos". La gerencia, a su vez, rara vez se establece de forma tal de contar con un funcionamiento plural colegiado, siendo la mayor de las veces unipersonal o, siendo plural, con facultades de representación y administración indistintas para cada uno de los gerentes.

Por otra parte, siendo en las SA en las sociedades en las que típicamente nos encontraremos con las "asambleas" societarias como órgano de gobierno por un lado, y Directorios plurales con funcionamiento colegiado por otro, donde la necesidad de sesionar a distancia mediante mecanismos de comunicación adquiere verdadera relevancia, a la luz de lo dispuesto por la LGS en sus Arts. 233, 238 y 243, concluía alguna doctrina que allí donde más necesario era aquello, no resultaba posible, pues se exigía la necesaria celebración en la sede social, la presencialidad física de los socios, la suscripción del acta, el cómputo presencial a los efectos del quórum, etc.

Finalmente, nos encontramos con la proclamada -y hoy significativamente cuestionada- autonomía de la voluntad exacerbada en materia de organización interna de la SAS, de la cual se deriva la posibilidad de adoptar diversas variantes o incluso combinar un funcionamiento asambleario con mecanismos de consulta según la reglamentación específica que al respecto establezca su estatuto, y que por su especificidad y actual presente tormentoso, nos merece un apartado con una mención propia del caso.

El problema entonces se advierte, con matices bien diferenciados según el tipo societario del que se trate, presentándose con plena incidencia en las SA.

Ahora bien, a partir de la concepción general en el CCCN, resulta posible, y en la consideración del autor, necesario, regular con mayor y mejor precisión el alcance del Art. 158.

Ello desde ya, corresponde a cada jurisdicción local.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia reglamentó el supuesto para las sociedades sometidas a su jurisdicción en el Art. 84 de la Res. 07/2015 mediante una interpretación que puede estimarse un tanto mezquina, desfavorable y ciertamente muy restrictiva, por cuanto, no solo invirtió el supuesto de aplicación al establecer la "necesaria" previsión estatutaria para su admisibilidad, sino que además, limitó exclusivamente su aplicación al órgano de administración.

Al mismo tiempo, y en la misma línea de interpretación, estableció como condicionantes: la configuración del cómputo del quórum con miembros presentes físicamente en la sede social, y la firma del acta por parte de todos los participantes del acto, es decir, incluidos los participantes a distancia.

En suma, de difícil aplicación y poca utilidad.

§ 2.4.3 La Res. 11/2020 de IGJ

En medio de una crisis sin precedentes en la historia reciente de la humanidad, se produce, por la imperiosa necesidad de resolver la parálisis orgánica societaria, un cambio en el criterio de la IGJ.

Podría pensarse ello acotado al marco de la emergencia en medio de la pandemia, sin embargo, la escueta resolución no ha quedado condicionada a ello, sino que la emergencia parece más un dato de contexto, y de sus medulosos considerandos se advierte la vocación de permanencia de la norma.

En su fundamentación recoge, no solo principios esenciales tales como la "libertad de formas" o el "principio de conservación de la empresa", sino que además avanza en desterrar la interpretación obstructiva, que en relación a lo establecido en los Arts. 233 y 238 de la LGS, se realizaba respecto la posible aplicación del Art. 158 del CCCN y los mecanismos de comunicación a distancia respecto las SA, ponderando la imposibilidad de interpretar aquellas previsiones normativas en contra, justamente, de los socios que se dice proteger.

A modo de conclusión, se expresa en los considerandos de la Res. 11/2020, que *"negar la posibilidad que los acuerdos sociales se adopten por asambleas o reuniones a distancia mediante la utilización de los nuevos medios tecnológicos disponibles no favorece a los socios, ni a la sociedad, ni en definitiva al funcionamiento de nuestras sociedades como vehículos generadores de riqueza y desarrollo económico"*.

Con esta nueva óptica, en breves 4 artículos se dispone, para las sociedades, la posibilidad de prever estatutariamente mecanismos de adopción de decisiones societarias a distancia, por una parte, y por otra, en el marco de la emergencia y mientras esta dure, la validez de las resoluciones así adoptadas, incluso frente a la ausencia de previsión estatutaria al respecto.

Las novedades que incorpora la regulación y el cambio de criterio son:

1. Amplia el espectro habilitando también su aplicación al órgano de gobierno.
2. Elimina la necesaria previa aceptación unánime.
3. Elimina la restricción respecto el cómputo y conformación del quórum presencial validando la participación a distancia.
4. Abandona el criterio de la suscripción del acta por todos los partícipes exigiendo solo la inclusión de una nómina de los participantes y la firma del representante legal de la sociedad.

Los requisitos para la validez y aceptación de las resoluciones así adoptadas consisten en:

1. Comunicación simultánea entre partícipes del acto mediante plataformas que permitan la transmisión de audio y video.
2. Libre accesibilidad de todos los participantes, incluso los del órgano de fiscalización si fuere el caso.
3. El resguardo y grabación en soporte digital, debiendo con-

servarse la copia por el plazo de 5 años, asegurando su disponibilidad a cualquier socio que lo solicite.

4. Transcripción al libro social y nómina de participantes, con firma del representante legal, como ya se anticipara.

5. Debida convocatoria donde conste el medio de deliberación a distancia elegido y la forma de acceder a la reunión.

§ 2.4.4 Un panorama por el interior y el llamativo silencio de la DPPJ de Buenos Aires

En el interior, algunos organismos de contralor societario[148] siguieron los pasos de la IGJ, dictando resoluciones similares, coincidiendo esencialmente en disponer como principios comunes:

1. La simultaneidad en la comunicación.

2. La libre accesibilidad de los participantes, incluidos los miembros del órgano de fiscalización.

3. El formato de video-conferencia (imagen y sonido).

4. La conservación de resguardo digital por plazo de 5 años.

5. La correcta identificación en la convocatoria de la plataforma de comunicación elegida y la forma de acceso.

Algunos como el caso de Córdoba, La Pampa y Entre Ríos, agregan la necesaria remisión de tantas copias digitales del acta, mediante correo electrónico, como participantes a distancia existan.

Se destacan entre las resoluciones consultadas:

1. Por su acotado ámbito de aplicación temporal y material, la Disp. 4/20 de La Pampa, cuya vigencia se establece mientras dure la declaración de emergencia provincial, y respecto al ámbito material de las resoluciones a adoptarse, limitando los puntos a tratar a aquellas decisiones que resulten "trascendentales e impostergables para el cumplimiento de sus objetos sociales y el resguardo de sus patrimonios".

148 A la fecha se han dictado: Catamarca Res. 2/20, Entre Rios (Res. 55/20), Córdoba (Res. 25/20), La Pampa (Disp. 4/20), Rio Negro (Res. S/N).

2. Por el apartamiento en el plazo de conservación del resguardo digital, la Res. S/N de Rio Negro, que establece un plazo de tan solo 2 años.

Por su parte, la DPPJ en Provincia de Buenos Aires, no ha dictado resolución alguna en la materia, sosteniendo el criterio de aplicación del Art. 158 del CCCN como norma general supletoria y sin reglamentación alguna.

Sin embargo, en el actual estado de emergencia, y considerando los inconvenientes que conlleva la norma general prevista en el Código de fondo, se advierte con facilidad la fragilidad de la situación en la Provincia, atento a que, frente a una situación de conflicto, no siendo posible la unanimidad, la suerte y validez de las asambleas celebradas con auxilio de los medios de comunicación a distancia, frente a una eventual impugnación societaria, quedarían muy endebles y sujetas, posiblemente, a una posterior "convalidación", que podrá ser societaria (agotada la instancia de emergencia y aislamiento), o judicial. De todas formas, no deja de ser una situación de incertidumbre e inseguridad que coloca a socios y administradores en una posición algo más que incómoda y que debiera merecer, a esta fecha, la preocupación y debida resolución por parte de la DPPJ.

§ 2.4.5 Capítulo aparte. IGJ vs. las Sociedades por Acción Simplificadas

De futuro incierto y actualidad turbulenta, el cambio de autoridades en IGJ trajo consigo un profundo cambio de criterio en el tratamiento a las Sociedades por Acciones Simplificadas, y con ello, las sociedades que a priori se pensaban mas preparadas para afrontar la crisis sanitaria y el aislamiento social, se vieron afectadas por otra pandemia, una pandemia de carácter normativo, que incluyó el dictado de varias nuevas resoluciones por parte del organismo de control.

Desde el sometimiento a un proceso de "subsanación" obligatorio para todas las SAS constituidas sin la firma digital de todos sus integrantes, hasta el restablecimiento de la obligatoria adecua-

ción del capital al objeto social y derogación vía reglamentaria del capital mínimo establecido en la Ley 27.349, solo por mencionar algunas de las modificaciones introducidas, y cuyo estudio particularizado excede el marco del presente trabajo, la epidemia regulatoria confluye finalmente en el dictado de un nuevo estatuto modelo, cuyo articulado estipula numerosas novedades, entre ellas, una previsión específica de "reuniones a distancia" para los órganos de gobierno y de administración de las SAS y no exigida ni prevista para las demás sociedades.

En tal sentido, en la cláusula decimotercera se prevé, para las reuniones remotas del órgano de administración, en su inciso ´e´ la suspensión de pleno derecho de la sesión cuando *"mediare una interrupción del sistema de comunicación utilizado en la reunión antes que concluya que afecte al menos a uno de los participantes comunicados a distancia o la grabación de esta"*.

Además, establece que, no pudiendo restablecerse la misma luego de transcurridos 30 minutos, se pasa automáticamente a un cuarto intermedio para el primer día hábil posterior a la misma hora, reanudándose el debate con los miembros necesarios para constituir el quórum, siendo válidas las decisiones adoptadas antes de la suspensión.

En caso de no lograr quórum suficiente luego del cuarto intermedio, se dispone que deberá convocarse a reunión "presencial" dentro de los 3 días para continuar el tratamiento de los puntos pendientes.

Por remisión establecida en la cláusula decimosexta, misma disposición se aplica a las reuniones del órgano de gobierno cuando se celebren a distancia.

Tal previsión estatutaria se estima un retornoal criterio restrictivo y obstructivista, que puede dar lugar a maniobras o argucias no consideradas al tiempo de incorporar la previsión, y que, si bien aparece extraña en el marco del cambio de criterio actual general en la materia, resultaprevisible en el contexto de animosidad regulatoria de las sospechosas y fraudulentas SAS.

§ 2.4.6 Conclusiones

De cada crisis experimentada, la humanidad ha sabido aprender.Y de allí, la supervivencia de nuestra especie.

Esta pandemia que nos toca afrontar hoy, y que como un enorme iceberg ha impactado bajo el nivel de flotación de nuestro Titanic de normalidad, nos ha obligado en lo inmediato, y obligará seguramente en el futuro próximo, a modificar nuestra forma de vida y de relacionarnos en todos los ámbitos. El societario también.

Nos sirve aprender de ello, que algunos cambios de criterio podrían haberse anticipado, y que el miedo a la tecnología o a modificar nuestra conducta incorporando los avances que ella propone, antes que pelear con ellos y resistirlos, deben transformarse y adoptar posturas prudentes, mesuradas, pero dispuestas a aprovechar, sin temores injustificados, los beneficios de la tecnología en todos sus aspectos.

Ello no conlleva, de ninguna manera, ignorar los riesgos que la virtualidad implica, y los desafíos que plantea, sin embargo, advertir hoy el insuficiente avance en materia de firma digital, el escaso uso de domicilios electrónicos constituidos, e incluso el restringido concepto de presencialidad a una presencialidad física excluyente, merece un llamado de atención.

Muchos de los problemas de las sociedades hoy, no serían siquiera un problema de haber tomado en su tiempo las medidas adecuadas y disponibles. Tanto por parte de los organismos de control, como así también, por parte de socios y administradores.

Sin embargo, en el actual marco de emergencia sanitaria y urgencia societaria, bienvenidas son las reformas y el cambio de criterio, y bienvenidas son las reuniones y asambleas a distancia, cuya utilidad no queda de ninguna manera condicionada a la crisis actual, y cuyos beneficios sean quizás uno de los tantos aprendizajes e inmunidades que el COVID-19 nos deje para las futuras generaciones.

Finalmente, es dable esperar una pronta resolución de la cuestión por parte de la DPPJ bonaerense, pues, la aplicación del Art. 158, pensado expresamente para aplicarse en caso de falta de previ-

sión estatutaria, exige la unanimidad, situación poco operativa y que podría paralizar las sociedades de esta jurisdicción en caso de conflicto, dejando endebles las resoluciones adoptadas en el marco de la presente emergencia, como pueden ser una eventual reorganización societaria, o hasta la ratificación, en tiempo y forma, de la presentación en concurso realizada por parte del órgano de representación.

§ 2.5 Asambleas presenciales durante el A.S.P.O.

Por Adriana Beatriz Blanco.Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

Las asambleas o reuniones de socios llevadas a cabo en forma "presencial" durante el A.S.P.O. (aislamiento social preventivo obligatorio) son pasibles de ser declaradas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos por las autoridades de contralor, en tanto plasmadas en instrumentos a inscribir pueden evidenciar la comisión del delito previsto en el art. 205 del Código Penal.

§ 2.5.1 Desarrollo

Frente a la existencia de la pandemia de Covid-19 se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 donde se estableció con fecha 19/03/2020 la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (que en adelante se denominará A.S.P.O). El mismo quedó prorrogado por sucesivos D.N.U. y actualmente en algunos lugares del país se ha pasado a otra fase del aislamiento (con distanciamiento social obligatorio), no siendo este el caso del A.M.B.A.

El referido decreto establece que durante su vigencia no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. (DNU 397/20202 art. 5°).

Establece excepciones al A.S.P.O respecto de las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales durante la emergencia según el detalle previsto en su art. 6.

En base a esta excepción, claramente los administradores de las sociedades cuyo objeto sea unas de las actividades esenciales mencionadas, podrán circular y por ello reunirse en forma presencial sin inconvenientes, celebrando reuniones de órgano de ad-

ministración. Y aún más si todos los socios o accionistas resultan personas afectadas a estas actividades podrán realizar asambleas o reuniones de socios presenciales. Por ejemplo, este podría ser el caso de una clínica integrada por todos socios que ejercen la medicina. O podrían existir otras excepciones como por ejemplo sociedades integradas por miembros de una familia que conviven en un mismo domicilio, y por tanto la asamblea podría realizarse sin violar el aislamiento "quedándose en casa".

Igualmente, en estos casos de excepción de asambleas presenciales durante el A.S.P.O. es recomendable dejar constancia en el acta a realizar, la circunstancia de encontrarse exentos del aislamiento y sobre el cumplimiento de los protocolos sanitarios vigentes en el espacio de reunión en que fuera celebrado el acto, para garantizar la higiene y seguridad necesarias.

Dejando a salvo estos supuestos, así como la posibilidad de realizar la Asamblea "a distancia", vigente el A.S.P.O. respecto de las asambleas "presenciales" pesa una obligación de "no reunirse" las personas en un ámbito físico, prohibición de circular y deber de permanecer en sus hogares. El art. 4 del DNU 297 refiere para la violación de este aislamiento, la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal.

La figura delictual contempla un tipo de omisión, ya que la conducta reprimida es la violación de las medidas adoptadas para impedir la propagación de una epidemia. El bien protegido es la salud pública, es decir la salud de todas las personas que se ven potencialmente afectadas por la propagación de la pandemia, ya que se trata de un delito de peligro, si bien algunos autores entienden que para ser antijurídica materialmente, la acción debe haber creado un peligro real de propagación, por ser portador incluso asintomático, por ejemplo.

En el mismo sentido el DNU N° 260, en su art. 4, agrega además el deber de los funcionarios de denunciar la violación a las medidas adoptadas en los siguientes términos: "*En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, …y autoridades en general que tomen conocimiento de tal*

circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal".

Me pregunto entonces qué deben hacer las autoridades de contralor frente al pedido de inscripción de un acta de asamblea celebrada en forma presencial durante el A.S.P.O. sin referencias a la existencia de una situación de excepción. Considero que en ese instrumento traído a inscripción podría estar plasmado la posible comisión de un delito y pesa sobre los funcionarios registrales la obligación de denunciar, aunque la conducta antijurídica ya hubiera cesado al finalizar la asamblea y aun desconociendo si se ha producido efectivamente algún contagio por su realización.

Es claro que la autoridad de control no puede declarar la nulidad de la asamblea, que efectivamente queda bajo la esfera de la competencia judicial, pero sí tiene facultades para declarar irregulares o ineficaces a los efectos administrativos el acto (D.P.P.J Dec. 8671/76 art. 6.6.2 *"declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos y dentro de su competencia del órgano, los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o el reglamento*").

Nadie duda que, a pesar de la derogación de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio y la modificación del art. 6 de la LGS, la autoridad de contralor a cargo de la fiscalización estatal, mantiene el control de legalidad de los actos sujetos a inscripción, facultad ínsita a cualquier actividad de registración y que se mantiene intacta en la normativa de su creación (art. 3.5.1. DEc.8671/76 "*ejercer la policía en la materia haciendo cumplir la legislación vigente y aplicar las sanciones que las leyes dispongan")*.

Que por RESO-2020-288-GDEBA-MJYDHGP se calificó la labor de la DPPJ como servicio no interrumpible, en virtud de los cual el organismo se encuentra trabajando con guardias mínimas, con turnos rotativos del personal y sistema de citas programadas para atención al público, cumpliendo así con los Protocolos de Seguridad e Higiene vigentes. Asimismo, ha tomado medidas para agilizar las presentaciones "on line" de ciertos tramites (DISPO-2020-17-DPPJ).

Por todo lo expuesto, concluyo que las asambleas o reuniones de socios llevadas a cabo en forma "presencial" durante el A.S.P.O. deben ser declaradas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos por las autoridades de contralor, en tanto plasmadas en instrumentos a inscribir, contienen un acto reprobado por la ley: la concreta violación de las normas para impedir la propagación de una epidemia (art. 205 CP), excepto que todas las personas reunidas en forma presencial se encuentren dentro de alguna de las excepciones previstas en la normativa.

No me cabe duda que hay una responsabilidad de los funcionarios públicos de hacer cumplir todas las normativas dictadas por encontrarse comprometido el interés general en preservar la salud pública. Por otro lado, existen mecanismos que posibilitan la reunión a distancia (art. 158 del CCyC) que dan solución para la realización de los actos deliberativos de los órganos societarios mediante el uso de la tecnología, que si bien implican un esfuerzo por incorporar estas técnicas, resultan una solución adecuada a los tiempos que corren.

§ 2.6 Asambleas a distancia durante el A.S.P.O.

Por Adriana Beatriz Blanco.Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

Las reuniones de órgano de administración o de gobierno de las sociedades puede realizarse a distancia aún frente a la carencia de clausula estatutaria expresa por directa aplicación del art. Art. 158 del CCCN, sin perjuicio que resulte conveniente preverlas para evitar la unanimidad necesaria para su implementación, así como evitar algunos posibles conflictos para su utilización.

§ 2.6.1 Desarrollo

Ha resultado especialmente acertado que mientras dure la pandemia y el A.S.P.O. las autoridades de contralor[149] consideren plenamente operativa y aplicable la norma contenida en el art. 158 del CCCN respecto de la celebración de reuniones a distancia o virtuales sin necesidad que tal modalidad esté prevista en el estatuto o reglamento de la sociedad.

En tal sentido la I.G.J dictó la Resol. 11/2020 estableciendo los recaudos para la celebración de reuniones a distancia, de manera armónica con los previstos en el mencionado art. 158 CCCN, facilitando a las sociedades que adopten sus decisiones en forma remota o virtual, tanto respecto de reuniones de órgano de administración, como reuniones de órganos de gobierno.

Sin embargo, el último párrafo del art. 3 de esta resolución establece que: *"transcurrido este periodo únicamente se aceptaran la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas*

149 C.N.V, DIPJ Córdoba, entre otras. D.P.P.J. Provincia de Bs. As. no dictó disposición expresa sobre asambleas a distancia, pero considera aplicable el art. 158 CCCN. INAES ya contaba con reciente regulación.

a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean en términos de los artículos 84 o 360 de la Resolución General 7/2015".

Por el contrario, yo considero que el art. 158 CCCN es plenamente operativo "post pandemia" aun cuando no hubiere clausula estatutaria expresa, en tanto está regulado en la parte general del capítulo de las personas jurídicas, por ende, aplicable a las sociedades conforme dice textual la norma: "*en ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas*" y sigue en el inc. a) la posibilidad de realizar asambleas a distancia.

Cierto es que este artículo puede considerarse una norma supletoria y por lo tanto incluida en el inc. d) del orden normativo establecido en el art. 150 del CCCN y por lo tanto considerarse, por ejemplo, que prima la aplicación del art. 233 LGS respecto de asambleas de Sociedades Anónimas.

De allí que es importante analizar, bajo la nueva luz de las tecnologías disponibles, los términos de la ley de sociedades que refieren a "lugar", "reunión" y preguntarnos qué significa hoy estar "presentes" (art. 246 inc. 1[150]). ¿Acaso las reuniones por las plataformas con conexión de audio y video (plataformas que casi todos aprendimos a usar rápidamente a causa del A.S.P.O.) no permiten un amplio intercambio de ideas y debate? ¿Acaso no se puede obtener sin lugar a dudas - tal como en forma presencial- el sentido de un voto respecto de un punto del orden del día en una reunión por videoconferencia? La realidad de la presencia virtual se impone por sí misma. No niego que puede haber conflictos, como la suspensión de la conectividad, o la desconexión de participantes o supresión del audio por el administrador, etc. Todas las cuales actuando dentro del marco de la buena fe, se pueden solucionar, quedando siempre abierta la posibilidad de impugnación (art. 251 LGS) Pero no veo que se encuentre dañado el derecho de deliberación y voto en una asamblea llevada a cabo por medios virtuales,

150 Nótese que el art. 246 inc. 1 dice: "si estuviera presente la totalidad del capital", lo cual configura una metáfora, pues quien está presente es el accionista titular de acciones que representan el capital suscripto

ni siquiera la posibilidad de acreditar identidad de los accionistas, atento que mediante el video podemos ver claramente quien es la persona que está participando, ver su cara, su documento y de alguna manera está presente de manera virtual y comunicándonos.

En estos momentos, que transitamos una pandemia por COVID 19, es cuando debemos repensar las normas societarias conforme su finalidad, sin mantener posturas rígidas que se contraponen con otros principios societarios, como el mantenimiento de la empresa en marcha. Hoy las sociedades necesitan de reuniones orgánicas para tomar decisiones vitales, como por ejemplo ampliar el objeto social para sobrevivir en un mercado muy alicaído. Y estas soluciones digitales van a incorporarse, finalizado el aislamiento, como una modalidad conveniente, por ser menos costosas, más ágiles brindando también facilidad para el debate y la votación.

Por otro lado destaco que, si bien el art 158 CCCN solo se refiere a órganos de gobierno, entiendo que esta modalidad también resulta plenamente aplicable a los órganos de administración y de fiscalización, por ejemplo, reuniones de directorio (art. 260 LGS), siendo una omisión que debiera subsanarse quizás en una futura reforma, ya que no se comprende la razón de su exclusión.

Siguiendo con el análisis del art. 158 CCCN, algunos de los requisitos que establece resultan perfectamente cumplidos por varias plataformas que pueden utilizarse con computadoras o celulares y permiten a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos mediante audio y video, de forma que resultan sencillas y "amigables" e incluso permiten la participación de gran cantidad de personas, intercambio de documentos (via chat o compartiendo pantalla) etc.

Otros requisitos también aparecen como razonables y sencillos, como la elaboración y transcripción del acta respectiva al libro rubricado correspondiente, incluso las constancias del libro de Registro de Asistencia a Asambleas[151], con indicación expresa la modalidad a distancia adoptada, con la firma del representante legal. Pero hay que tener en cuenta que textualmente el art.

151 El soporte papel sigue vigente, quizás el siguiente desafío es hacia la total despapelización

158 CCCN dice que: *el acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador…*, lo cual requiere que o bien que haya dos administradores reunidos o bien se traslade el libro para su suscripción posterior.

Respecto del recaudo de conservación de la copia en soporte digital, I.G.J. lo fijó por por el término de 5 años, respaldo digital que obviamente tiene que estar a disposición de los socios que la requieran, en virtud del derecho de información que los asiste y que servirá como prueba para una eventual impugnación asamblearia, lo cual incluso, podría evitar en el futuro las actas notariales en caso de conflicto entre accionistas.

Sin embargo, a mi criterio, el peor de los inconvenientes para la implementación de las reuniones a distancia sin previsión estatutaria es el requerimiento de unanimidad para su utilización. Establece expresamente el art. 158 CCCN: *"si todos los que deben participar del acto lo consienten…"* Del texto de la norma se infiere que de alguna manera todos los integrantes del órgano deben consentir la utilización de la reunión digital.

Yo considero que este requerimiento del consentimiento parece razonable, en tanto quizás por ejemplo, hay accionistas que no manejan la tecnología necesaria, carecen de ella o de conectividad adecuada, bien puede tratarse de un adulto mayor o persona vulnerable y por tanto, fundadamente pueden oponerse a su utilización.

De la interpretación literal, la primera asamblea a distancia a realizar requiere que todos estén de acuerdo con la utilización de esta modalidad, con lo que si hay quorum unánime, no habría inconvenientes. O bien puede existir un instrumento suscripto por todos los que deben participar, donde se exprese este consentimiento (incluso éste documento podría firmarse en forma digital o bien electrónica).

Este inconveniente de unanimidad en el consentimiento de su uso es respecto de la primera asamblea virtual a realizar, porque sería conveniente, no solo prestar el consentimiento a su uso en la asamblea, sino también ya prever su incorporación al estatuto social. La pregunta es si la asamblea para reformar el estatuto en

tal sentido puede realizarse en forma virtual (la cual podría ser objeto de impugnación si no obtuvo el consentimiento de todos) o bien debiera ser realizada en forma presencial luego de finalizado el A.S.P.O. en caso de imposibilidad de consentimiento unanime, solución que parecería la más segura. Una vez consentido su utilización por todos los convocados, ya sea en el estatuto o por acuerdo por separado, ya no se requiere que la reunión o asamblea virtual sea unánime, ni que deba existir quorum presencial[152].

Respecto de los requisitos de convocatoria y su comunicación, la Resol. IGJ 11/2020 establece textualmente: "*que en la convocatoria y en su comunicación por la via legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación*".

Considero que la convocatoria que realice el directorio debe ser lo más precisa posible, incluso el edicto a publicar[153] debe contener la información clara sobre la circunstancia que asamblea se realizará en forma no presencial a través de la plataforma que se identifique. Además, es conveniente aclarar la manera que los accionistas comunicarán su asistencia, por ejemplo, por medio de mail, estableciendo la dirección de la casilla correspondiente a la cual cursar dicha comunicación. Todo ello tendiente a privilegiar la transparencia, y fomentar la participación en un pie de igualdad de todos los convocados.

Sin embargo, considero que no es conveniente que en la publicación edictal se consigne por ejemplo, el ID y contraseña de la reunión, ya que tal información podría ser sensible y delicada para ser pública y fundamentalmente por razones de secreto comercial[154].

152 El art. 84 de la Resol. IGJ 7/2015 (ahora modificada por la 11-2020) requería que se configure quorum con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello.

153 En caso de asamblea no unánime.

154 Una cuestión delicada es establecer si todas las reuniones a distancia deben permitir el acceso virtual también a la autoridad de contralor respecto de las sociedades que no están sujetas a fiscalización estatal permanente y sin un requerimiento formal formulado por un legitimado. Ver el último párrafo de los considerandos de la Resol. IGJ 11-2020 que refiere "control de legalidad y funcionamiento de toda persona jurídica" ¿?

Y este tema relativo a la confidencialidad de las reuniones no me parece menor, aun cuando se trate de pequeñas o micro empresas. Hay detalles de la gestión empresarial, datos sobre operaciones, proveedores, políticas del personal o financiamiento que podrían ser ventiladas tanto en reuniones de directorio como en asambleas, (por ejemplo, por pedido de informes al presidente).

La forma de preservar la confidencialidad en una reunión zoom, en la que puede haber más personas presentes de las que aparecen en pantalla, o bien puede ser grabada y luego "vendida" a un competidor, son cuestiones que puede resolver la propia asamblea como "moción de orden". Y en este sentido considero conveniente que las sociedades prevean en la cláusula estatutaria sobre reuniones a distancia, algunas pautas para resolver estos inconvenientes y sobre todo la forma de preservar todo lo que consideren como información sensible.

Otro de los problemas es el acceso de los accionistas a la documentación que debe ser puesta a disposición con antelación a la celebración de la asamblea (art. 67 LGS) Este problema nos enfrenta directamente a la posibilidad de establecer un domicilio electrónico tanto de los directores, síndicos y accionistas como de la sociedad y la validez de las notificaciones allí cursadas. Este domicilio electrónico es otro de los avances que ha llegado para quedarse y que lentamente se va incorporando a nuestro ordenamiento[155], así como la firma electrónica y firma digital, avances que creo van a ir haciéndose cada vez más accesibles a todos.

Incluso con este domicilio electrónico se podría notificar a la sociedad la actuación por mandatario (art. 239 LGS), o la exhibición y validación de documentos.

§ 2.6.2 Conclusión

La pandemia nos ha brindado la oportunidad de hacer operativas las reuniones a distancia, que ya teníamos previstas en el CCCN y

155 En igual sentido la modificación del art.75 respecto de domicilio especial establecida en la nueva ley de alquileres.

también ha dejado al descubierto la urgente necesidad de que los operadores del derecho nos adaptemos a las nuevas herramientas tecnológicas y las incorporemos. Como se ha dicho, "llegó la hora de la empresa digital también en lo jurídico"[156].

También esta pandemia nos ha dado la oportunidad para repensar nuestro derecho societario, evaluar sin pre-conceptos ni prejuicios en qué puede simplificarse y flexibilizarse el sistema para continuar siendo una herramienta útil y eficiente, que facilite el intercambio de bienes y servicios en un marco de cooperación entre los distintos elementos, pero sin descuidar la seguridad jurídica, la protección de los más débiles y la responsabilidad de los socios, administradores y controlantes frente a la comisión de conductas antijurídicas.

156 Vitolo, Daniel, en una conferencia para el Diario La Ley.

§ 2.7 Implicancias de las reuniones no presenciales en el marco de la reforma a la Ley General de Sociedades

Aníbal M. Ramírez[157].Colegio de Abogados de San Isidro.

Ponencia en homenaje y recordatorio del Dr. Horacio Brignole, miembro histórico del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro fallecido recientemente.

PONENCIA

¿Implica la adopción de las reuniones no presenciales en materia societaria la posibilidad de abandonar la exigencia para la persona jurídica de contar con una sede social?

§ 2.7.1 Desarrollo

Los adelantos tecnológicos que hemos transitado especialmente en los últimos años, y que se han visto acelerados motivo de la pandemia decretada por la OMS el 11 de marzo de 2020 a consecuencia de la proliferación en el mundo del Coronavirus o Covid-19 han determinado un importante cambio en el ámbito de la empresa moderna.

La realidad de la dinámica social y la disponibilidad ofrecida por las TICs (tecnología de la información y comunicación) han motivado notables transformaciones en cada uno de los ámbitos de la vida de los individuos y en las relaciones con sus pares, con entidades públicas y privadas.

Es claro que el marco descripto ha transformado las costumbres, el derecho positivo vigente y ha determinado una notable capilaridad en diversas instituciones que se habían mantenido más o menos

157 anibalmramirez@gmail.com Maestría de Derecho Empresario UdeSa. Cohorte 2020

rígidas[158] a lo largo de los años.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que el derecho societario argentino no se encuentra ajeno a este paradigma.

Eduardo M. Favier Dubois sostiene que se está generando una nueva rama del derecho, el derecho corporativo digital, cuyo objeto consiste en la transformación digital del sistema interno de las sociedades y su adecuación a los principios de la equivalencia funcional y de la seguridad jurídica.[159]

No obstante ello, entendemos que si bien se han ido receptando diversos adelantos tecnológicos, aun existen discusiones no resueltas que evidentemente requieren de un extenso debate parlamentario y de una reforma legislativa que termine de consagrar dichas innovaciones.

A modo de ejemplo de estas marchas y contramarchas, adviértase que la sanción en el año 2017 de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, implicó el hito de la creación de un nuevo tipo societario, la sociedad anónima simplificada, que incorporó como notas distintivas la posibilidad de constituirlas online, con determinadas formalidades específicas respecto al contrato social (estableciendo un modelo tipo) y logrando su inscripción sin necesidad de trámites presenciales ante el Registro Público de Comercio.[160]

Al cabo de tres años, cuenta con media sanción del Senado de la Nación un proyecto de ley para suspender por 180 días la constitución e inscripción de dichas sociedades, y las que fueron constituidas en la Ciudad de Buenos Aires encuentran fuertes restricciones reglamentarias de parte de la Inspección General de Justicia.

Tan es así, que ha motivado la presentación de un amparo solicitando la inconstitucionalidad de la Resoluciones Generales 5, 9,

158 Reuniones (societarias) a distancia, pág 1. Revista electrónica de derecho comercial. 2002. Victor Zamenfeld. Derecho-comercial.com/Doctrina/reunions.pdf.

159 http://www.consejosalta.org.ar/2017/09/el-derecho-corporativo-digital-como-desafio-profesional/

160 DOMINGUEZ, Juan Pablo, RODRIGUEZ VILLAR, Javier, PUTSCHEK, Stefania "La Disrupción de las tecnologías: Evolución en el derecho societario, Revista de derecho comercial y de las obligaciones, Abeledo Perrot, Marzo-Abril 2020, pág 49.

17, 20, 22 y 23 del 2020.

La situación reseñada, además de constituirse en un nuevo ejemplo de las vicisitudes de la vida pública argentina, da cuenta del rigorismo y reticencia imperante en determinados sectores de la doctrina nacional, que se traducen en una ardua oposición a ciertas disrupciones en materia mercantil.

§ 2.7.2 Reuniones no presenciales. Sede social

Sin perjuicio de la situación descripta, el proyecto de reforma a la ley de sociedades cuenta con numerosos adelantos en materia de innovación y digitalización societaria.

El art. 73 de dicho cuerpo normativo introduce las reuniones no presenciales: *Si todos los integrantes de un órgano colegiado lo consienten, pueden participar de la reunión utilizando medios que permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el administrador designado y, en su caso, por un miembro del órgano de fiscalización. Deberá indicarse la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias de acuerdo con el medio utilizado para comunicarse*.

Dicho instituto no resulta novedoso en materia societaria, aunque su incorporación en la norma de manera general – sin distinguir el carácter del órgano – permite solucionar largas discusiones en cuanto a la procedencia del formato, que incluso no pudo ser solucionado con la sanción de la ley 26.994.

Aunque resulte evidente, es necesario señalar que la posibilidad de que una reunión no sea presencial, significa que la misma podrá desarrollarse por medios telemáticos, de acuerdo a las exigencias que imponga la ley.

Ello implica, además de su desmaterialización, la posibilidad de llevarse a cabo fuera de la sede social o de la jurisdicción correspondiente al domicilio social.

Nissen comenta que la reunión debe celebrarse en la sede social o en cualquier otro lado de la jurisdicción donde está el domicilio social, aplicando el 233 por analogía y admitiendo que esto es lo

más aconsejable habida cuenta que allí (en la sede social) se encuentran los libros y documentación de la sociedad.[161]

Pero a la luz de los avances técnicos, cabe cuestionarse si resulta esencial la reunión en la sede social en la medida en que los libros y la documentación societaria puedan encontrarse digitalizados.

Antes de concentrarnos en las implicancias que tendría la adopción sin cortapisas de este punto de la reforma, realizaremos una breve descripción del estado de situación actual en materia de reuniones de los órganos de las personas jurídicas.

§ 2.7.3 Reuniones del órgano de gobierno de las sociedades

La ley de sociedades comerciales (LS) mantiene cierta rigidez frente a la posibilidad de realizar en forma no presencial o a distancia las reuniones del órgano de gobierno.

Así, el artículo 233 dispone que los accionistas de la Sociedad Anónima *"…deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social"*

Resulta necesario ubicarse en el contexto de sanción de la ley 19.550 que aborda la situación, entendiendo que la exigencia de la reunión presencial en la sede o en la jurisdicción del domicilio social obedecía a necesidades ampliamente superadas por la tecnología y la dinámica actual.

La manda impuesta por la norma se relaciona con la necesidad de verificar la identidad del accionista mediante la firma del libro de asistencia (conf art. 238 LS) , el derecho a la deliberación y el de formular el voto[162], en la medida que se enmarcan dentro de los requisitos del iter formativo de la voluntad de las personas.[163]

161 NISSEN, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, tomo 3, página 115, editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

162 Reunión telemática de los órganos societarios. Pág 203. José Fernandez Escudero, Diego Sáchez, Ángela Montilla de Frías, Guido Barbarosch, Pedro Less. Andrade. VII Congreso Argentino de Derecho Societario. IV Congreso Iberoamericano de Derechos Societario y de La Empresa. (Rosario 2001)

163 Las reuniones de órganos societarios con miembros a la distancia. Incidencias en el Código Civil y Comercial de la Nación. Federico Colonnese y Luis S. Peña y

Numerosos autores se han pronunciado especialmente sobre la necesidad de que las asambleas de accionistas se celebren dentro de la jurisdicción correspondiente al domicilio social, a fin de garantizar la posibilidad de participación tanto de los accionistas como de los órganos de contralor.

Todo acto asambleario, en cuanto acto pluripersonal, requiere que se conozca con exactitud el lugar donde se efectuará la reunión y en alguna forma, que el lugar tenga un sentido de permanencia de suerte que no pueda ser caprichosamente, e incluso intencionalmente, fijado en cada caso, como medio para dificultar la concurrencia de quienes deben juzgar y expedirse sobre la conducción social. Jurídicamente considerada, la necesidad de fijar claramente el lugar de reunión de la asamblea descansa en que mientras en los contratos cabe la estipulación entre ausentes, la asamblea necesariamente, debe definir la voluntad social por acuerdo tomado entre los socios presentes, reunidos al efecto…"[164]

La resistencia a flexibilizar la posibilidad de llevar a cabo reuniones no presenciales en el ámbito de la asamblea, radicarían asimismo en la dificultad y complejidad que su naturaleza acarrea, en contraposición al órgano de administración, en la medida que pueden existir multiplicidad de participantes.

Sin embargo, existen autores que opinan lo contrario: según Mauricio Boretto la presencia puede ser física o virtual, ya que lo que importa es que la participación sea real, a través de medios que aseguren la intersubjetividad y la simultaneidad (principio de igualdad entre socios), esto es, que hagan factible que cada individuo emita su voto o mensaje y lo dirija a otros, y que éstos puedan recibirlo simultáneamente, al mismo tiempo (por teleconferencia o videoconferencia, entre otros)[165] .

Lillo. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. (Mendoza 2016) Pág 1214.

164 SASOT BETES y SASOT, Las Asambleas, Abaco, Nuenos Aires, 1978, ps. 163 y 164

165 BORETTO, Mauricio "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. 1ª edic., t I, p. 299

La sanción del CCCN estableció novedades al respecto, aunque con ciertas restricciones en razón de la prelación normativa demarcada.

El art. 158 del digesto dispone: "El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas*: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse…"*

Como podemos advertir, se admiten las reuniones no presenciales en el ámbito del órgano de gobierno de las personas jurídicas privadas, aunque nada se menciona en relación a los órganos de administración y de fiscalización.

Sin perjuicio de la incorporación de dicha regulación específica, subsisten en la actualidad dos regímenes jurídicos aplicables a las personas jurídicas "sociedades"

El artículo 150 del CCCN[166] establece como orden de prelación de las normas aplicables a las personas jurídicas: 1) las normas imperativas de la ley especial por sobre las normas imperativas del CCCN; 2) las normas del acto constitutivo con sus modificaciones, y los reglamentos dictados por las mismas personas jurídicas; y 3) las normas supletorias de la ley especial, por sobre las de mismo rango del CCCN.

En tal sentido, las previsiones del citado artículo 158 no resultarían

166 *Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*
a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;
b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.
Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.

de aplicación para las Sociedades Anónimas, en la medida que se encuentran reguladas específicamente en la Ley 19.550.

Por otro lado, la sanción del Código Civil y Comercial motivó también al dictado de la resolución 7/2015[167] de la Inspección General de Justicia, mediante la que se introdujo la posibilidad de que los órganos de administración de las entidades sujetas a inscripción en dicho organismo pudieran sesionar en forma no presencial, siempre que el quórum se alcance con la presencia física en el lugar de celebración.

La Resolución 11/2020 de IGJ reformó esta última, integrando a los órganos de gobierno de las sociedades a sesionar en forma no presencial[168] ya con la urgencia de mantener el funcionamiento de las sociedades en el marco del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio instaurado por el DNU 297/2020.

Resulta interesante - aunque no menos contradictorio - que en

167 *Res. 7/2015 IGJ.Reuniones a distancia del órgano de administración. Artículo 84.- El estatuto de las sociedades sujetas inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismos para la realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. El acta resultante deberá ser suscripta por todos los participantes de la reunión.*

168 *Res 11/2020 IGJ. Artículo 84.- El estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismos para la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice: 1. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; 2. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; 3. La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; 4. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; 5. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; 6. Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social. 7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación.*

el art. 3° de esta última resolución se estipula la transitoriedad de la norma en relación a la duración de las restricciones a la circulación, aunque superadas éstas últimas *"…se aceptaran la celebración de las reuniones del órgano d**e administración o de gobierno** celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean en términos de los artículos 84 o 360 de la Resolución General 7/2015.*

Entendemos que en el caso de las Asambleas de la Sociedad Anónima esta posibilidad se encuentra vedada por ley.

§ 2.7.4 Reuniones del órgano de Administración de las Sociedades

En el caso de la Sociedad Anónima, la ley brinda diferente solución para las reuniones del órgano de administración, cuya exigencia de funcionamiento remite a lo dispuesto en el estatuto[169].

En tal sentido y ante la libertad de acción que ello presupone[170], entendemos que, en el marco de la LS, el directorio de la S.A. tiene habilitada la posibilidad de sesionar a distancia.

El órgano que ejerce la administración es en general de una composición tal que permite que sus decisiones aun adoptadas fuera de la jurisdicción que corresponde al domicilio social no resulta objeto de cuestionamiento por sus integrantes.[171]

Por otro lado, el art. 159 de la LS, en relación a la SRL, prevé la posibilidad de que las resoluciones sociales sean adoptadas sin mediar reunión presencial ni deliberación, a través de mecanismos de consulta en forma simultánea y declaración escrita.

Entendemos que ello obedece a las características del tipo

169 ARTICULO 260 ley 19.550. — El estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio. El quórum no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes.
170 Validez de las Reuniones de directorio efectuadas por conferencia telefónica con directores intervinientes a distancia.Pág 1. A. Daniel Vergara del Carril. VII Congreso Argentino de Derecho Societario. III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires 1998)
171 Reunión telemática de los órganos societarios. Pág 200. Op. Cit.

societario, orientado a la pequeña y mediana empresa.[172]

Tal como hemos adelantado la posibilidad de sesionar a distancia en el caso de las disposiciones del CCCN se refieren al órgano de gobierno y no al de administración y/o fiscalización.

Para un sector de la doctrina, existe una omisión del legislador en el art. 158 del CCCN, considerando que la posibilidad de sesionar en forma no presencial se aplicaría a todos los órganos, ya sean de gobierno, administración y fiscalización.

En sentido contrario, y siguiendo las posturas de Vítolo y Nissen, encontramos la posición que asegura que este artículo no se aplica a los órganos de administración y fiscalización, sino que la limita solamente a las asambleas.[173]

Por ello, creemos que aunque fuera voluntad del legislador, el texto resulta claro en cuanto a la restricción del órgano de administración y de fiscalización para llevar adelante reuniones a distancia.

No obstante, tal como se analizó en el punto anterior, tanto las Resoluciones Generales 7/2015 y 11/2020 autorizan las reuniones no presenciales de los órganos de administración, con la restricción que una vez superado el aislamiento dicha posibilidad encuentre respaldo estatutario.

Sin perjuicio del beneplácito con el que pueda receptarse una norma que flexibilice la materia relacionada con las reuniones de carácter no presenciales, entendemos que la vocación legisferante del órgano de contralor redundaría en un exceso reglamentario, ya que contraría abiertamente los postulados del art. 158 del CCCN.

Es claro entonces, que la solución debe arribar de la mano de una reforma legislativa, tal como encontramos en el art. 73 del texto de reforma.

172 Las Asambleas en Sociedades Anónimas cerradas y las TICs. Pág 220. María Blanca Galimberti y Marcela M. Zabaleta. XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societaro y de la Empresa. Mar del Plata. 2010.

173 CIENTOFANTE, Fernanda y CARRICAJO, Manuel J. “Asambleas a distancia en tiempos de cuarentena” TR La Ley Tomo la Ley 2020-B N°72 20/4/2020

§ 2.7.5 El Decreto 677/2001. Sociedades Abiertas

Resulta un notable antecedente el art. 65 del decreto 677/2001 Decr 677/2001, que reguló las reuniones a distancia para el órgano de administración de las sociedades anónimas que hagan oferta pública y cotización de sus acciones.

En aquella oportunidad, la reglamentación incluyó la fórmula para la comunicación "*entre sí… por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes o palabras, cuando así lo prevea el estatuto social*.

§ 2.7.6 La cuestión en el proyecto de reforma a la ley general de sociedades. Implicancias de la adopción del instituto

Los inconvenientes planteados en los puntos anteriores conspiran contra la posibilidad de normalizar las reuniones no presenciales sin una reforma legislativa.

Por otro lado, la dicotomía presencial – no presencial nos exhorta a determinar si cierta actividad realizada por socios o directores se enmarca en la sede social o fuera de ella.

El actual art. 233 de la LS dispone que el lugar de la celebración de las Asambleas de Accionistas, es la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social.

Por su lado, la reforma autoriza que mediando consentimiento unánime de todos los accionistas, la asamblea puede celebrarse en cualquier lugar de la República o del extranjero.

Notemos que, en contradicción a lo expresado más arriba, pareciera que la importancia de la reunión en la sede o en la jurisdicción correspondiente al domicilio social ha perdido fuerza en el texto de reforma.

Podemos afirmar que ello va de la mano con la digitalización societaria, entendiendo que ya no resulta imperativa la cercanía a la sede o al domicilio social como medio para que los accionistas ejerzan sus derechos y encuentren protección legal, además de poder examinar los libros societarios o la contabilidad.

Sin perjuicio de que la determinación del domicilio y de la sede social resultan medulares a fin de establecer derechos y obligaciones de las personas jurídicas, de sus socios, directores y terceros, ya que fija no sólo la ley aplicable sino la competencia de los tribunales en caso de conflicto, la necesidad de la persona jurídica de contar con un espacio físico edilicio para la realización de reuniones de los órganos o para poder alojar la documentación contable o societaria parece haberse tornado anacrónica (vgr. Arts. 67, 77, 83 inc. 2, 186 inc 4,)

Además de la indiscutida factibilidad técnica de reunirse en forma no presencial utilizando para ello cualquier plataforma de videoconferencias, el art. 61 de la LS y que la reforma sostiene, dispone la posibilidad de practicar y mantener la contabilidad societaria por medios digitales.

Señalan Richards y Muiño que el art. 11, inc. 2, de la LSC, exige que el instrumento constitutivo contenga su domicilio. La reforma introducida por la ley 22.903 receptó la distinción entre domicilio social como sinónimo de la ciudad, pueblo, distrito en que se constituye la sociedad y cuya autoridad judicial es competente para autorizarla en el Registro Público de Comercio. En cambio, *sede* significa el lugar determinado con indicación de la calle y número en donde funciona la administración de la sociedad. Además, el domicilio social es determinante de la ley aplicable y de la competencia[174].

Asimismo, el Art. 152[175] del CCCN distingue el domicilio social de la sede y los enmarca dentro de los atributos de la personalidad.

Por domicilio entendemos el ámbito jurisdiccional donde se va a desempeñar la sociedad, esto es, el pueblo o ciudad.

174 Derecho Societario, Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño, Ed. Astrea, año 2000, tercera impresión, pág 48,

175 ARTÍCULO 152.- Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

Al señalar la jurisdicción territorial de la sociedad, implica también la autoridad administrativa competente para cualquier modificación estatutaria.

En cuanto a la sede, refiere al lugar físico en donde va a desarrollar su actividad, esto es, el número, la calle, la localidad, etc., o sea, el lugar concreto en donde se halla su administración.

La realidad y el desarrollo mercantil han demostrado - y en el contexto actual aun más – que determinadas actividades, en su mayoría disruptivas, no requieren espacios físicos para llevarse a cabo y que no se ciñen necesariamente a un ámbito territorial determinado.

Por ello podemos interrogarnos si la sede social podrá ser constituida en no mucho más tiempo por un domicilio electrónico.

§ 2.7.7 Domicilio especial electrónico

En relación a este último punto, cabe mencionar el instituto introducido por la reforma al art. 75 del Código Civil y Comercial de la Nación introducido por la ley de alquileres de reciente sanción y que aguarda promulgación, el **Domicilio especial.**

Reza dicho artículo reformado que "*Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan. Pueden además constituir un domicilio electrónico en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones, comunicaciones y emplazamientos que allí se dirijan.*

Si bien esta norma a priori no sería aplicable ni vinculante en la esfera societaria, resulta innegable que inaugura un camino que en breve recorrerán otras disciplinas del derecho.

§ 2.7.8 Conclusiones

La irrupción de la tecnología de la información y las comunicaciones en el ámbito societario han tornado obsoletas las exigencias de la reunión presencial de sus órganos y con ello ha recreado, posiblemente, la innecesariedad de contar con una sede social

física que facilite el funcionamiento de la administración, más allá de la Individualización y constitución de un domicilio determinado a la hora de la inscripción de la persona jurídica en el registro público de comercio.

Por ello, podemos afirmar que la posibilidad de adoptar el formato de reuniones no presenciales en forma irrestricta para los órganos de gobierno, administración o fiscalización que determina la reforma a la ley general de sociedades, permitiría el abandono de la sede social como requisito intrínseco para el ejercicio de derechos y cumplimientos de obligaciones por parte de accionistas, directores y terceros.

§ 2.8 La SAS uruguaya como vehículo para la reestructura empresarial

Por Jenifer Alfaro Borges[176] y Rosa Poziomek[177]. Colegio de Abogados del Uruguay

PONENCIA

La historia ha demostrado que una de las causas de las crisis empresariales es la insuficiencia de recursos para llevar adelante el proyecto y que muchos emprendimientos exitosos perecen ante la imposibilidad de financiarse y/o por la ineficiencia que genera operar con poco capital de giro o pagar altos costos financieros de préstamos del sector no financiero. Ante la pandemia por el Covid 19 y la paralización de diversos sectores, la previsión es que el requerimiento de recursos se generalizará. Ante proyectos prometedores, descartado el autofinanciamiento e incluso fondos provenientes de los mismos socios (mediante aportes o préstamos), la estructuración adecuada de la incorporación de financiadores transitorios o vinculados parcialmente a la sociedad, puede resultar clave. En el Derecho uruguayo a partir de la sanción de la Ley Nº 19.820, las sociedades por acciones simplificadas presentan la flexibilidad que las estructuras empresariales pueden necesitar.

§ 2.8.1 Introducción

La Ley Nº 19.820 (en adelante Ley SASU) y su decreto reglamentario 399/2019, regula en Uruguay el nuevo tipo social denominado Sociedad por Acciones simplificadas (SAS), (se agrega al elenco previsto por la Ley de sociedades comerciales uruguaya Nº 16.060, en adelante LSCU).

Constituye un vehículo asociativo con personería y limitación de

176 Teléfono: 29044747. Correo electrónico: jalfaro@alphabeto.com.uy.
177 *Teléfono: 29044747. Correo electrónico: rpoziomek@alphabeto.com.uy.*

responsabilidad, que brinda mayor flexibilidad y simplicidad para su constitución y funcionamiento que los tipos tradicionales, que puede ser constituido por una persona física, una persona jurídica (que no sea sociedad anónima) a través de una declaración unilateral de voluntad (un solo fundador) o varias personas físicas o jurídicas (cualquiera sea su tipo social) mediante un contrato con un contenido en el cual prima la autonomía de la voluntad salvo algunas normas imperativas de la propia Ley SASU y algunas expresamente recogidas de la Ley Nº 16.060, y un *iter* constitutivo consistente únicamente en la inscripción registral.

Se caracteriza por un capital representado por acciones nominativas o escriturales, suscripción íntegra del capital social en el momento de constitución, integración preceptiva de un mínimo del 10% en el mismo momento, cuando se trata de aportes en dinero, y del 100%, en el caso de aportarse bienes. En caso de integración parcial, se agrega la obligación de completarse en un plazo máximo de 2 años. Se prevén los aportes irrevocables que podrán mantenerse por un plazo límite de 2 años.

A esas características se suman, una serie de disposiciones como ser un plazo no limitado, un objeto amplio que puede incluso no establecerse, la posibilidad de no prever órganos diferenciados mientras se incluya un representante, entre otras.

Asimismo, establece la posibilidad de prever clases de acciones de acuerdo a los derechos que confiere, con lo que admite mayor libertad en el otorgamiento de derechos señalando expresamente la admisión de acciones sin derecho a voto, sin encasillarlas en una determinada clase, lo que hace posible lo que en el Derecho comparado se denominan “acciones sectoriales”, como aquellas acciones que se diferencian por conferir derechos patrimoniales en relación con algún ramo de actividad de la sociedad. Vinculado a ello, es usual que también se restrinjan sus derechos políticos. Esta posibilidad le confiere a la sociedad la posibilidad de estructurar sus negocios captando accionistas que por diferentes motivos se encuentran alineados con determinada actividad de las tantas que puede desarrollar la sociedad y están dispuestos a invertir y obtener el retorno económico de su inversión de esa actividad.

Las crisis empresariales son intrínsecas al riesgo que se asume en la actividad empresarial. Estas crisis no siempre están asociadas al fracaso de la actividad o de gestión, por el contrario, podría tratarse de un proyecto con potencialidad de éxito y una gestión eficaz, en el cual el gran desafío que se presenta es el financiamiento. Somos testigos de casos en los cuales las dificultades de acceso al financiamiento, conllevan altos costos (como intereses que asfixian el negocio).

En ese sentido proponemos en este caso no abordar a la sociedad desde el ángulo del sujeto, sino priorizando su función como estructura idónea, e incluso destinada al financiamiento de la empresa viable.

§ 2.8.2 Fuentes de financiamiento empresarial

La fuente natural de obtención de fondos por la sociedad comercial es la de sus propios socios, a través de sus aportes en el momento constitutivo o frente a un aumento de capital social suscripto e integrado por aquellos socios que deciden adherir al mismo y ejercer su derecho de preferencia y de acrecer. A ello se agrega el financiamiento de parte de los socios o accionistas bajo la modalidad de préstamo (podría considerarse financiamiento interno en tanto se trata de recursos que proporcionan los socios y no sujetos ajenos a la entidad y que incluso por Ley de concursos pueden -en algunos supuestos- ser subordinados o externos). En tal caso el vínculo de los socios tendrá diferentes naturalezas: por un lado, societario y por el otro, como acreedores. En caso de falta o insuficiencia del financiamiento interno, las empresas recurren al financiamiento de terceros (no socios), en sus distintas modalidades: desde los préstamos bancarios (operación bancaria de préstamos estrictamente o apertura de crédito, descuentos de títulos valores o facturas (factoraje), leasing, entre otras operaciones que en lo económico cumplen la misma función) o del circuito no bancario, hasta la captación de ahorro público mediante emisión de títulos de deuda con oferta pública.

Piénsese lo importante que resulta para una sociedad contar desde el momento constitutivo o durante el desarrollo de la actividad,

con un financiamiento adecuado. Esto se vincula al nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a cabo el objeto social. Y cuando esto no sucede, la sociedad podrá enfrentarse al fracaso de su proyecto con la consiguiente crisis empresarial.

Dejando de lado las implicancias en la relación (derechos y obligaciones) del financiador y la sociedad financiada, desde el punto de vista de la imagen de la sociedad frente a terceros, frente al mercado e incluso para el cumplimiento de requisitos o metas impuestas por instituciones financiadoras nacionales o internacionales o el Estado al conceder beneficios fiscales, no suele resultar indiferente que los recursos ingresen mediante aporte de capital o de préstamos. Pero si nos acercamos a una y otra forma de financiamiento, ambos extremos pueden verse próximos en la práctica: pensemos en los ya mencionados acreedores que luego resultan subordinados cual capital de riesgo (por ser además socios o integrantes del mismo conjunto económico) o en los accionistas con derecho a un dividendo mínimo a percibir con preferencia, entre otros.

§ 2.8.3 La reorganización de la estructura empresarial

La reorganización de una empresa puede realizarse entre otros, mediante la diversificación de sus productos o servicios introduciendo nuevos, diversificando los mercados buscando nuevos a los ya existentes o reestructurarse introduciendo actividades como vías para mejorar el desarrollo de la empresa, generando sinergias de diferente tipo (comercial, financiera, productiva).

La necesidad que puede enfrentar una sociedad de reorganización puede deberse a cuestiones coyunturales en que la posibilidad de recuperación de la rentabilidad es real y posible. El problema se presenta cuando estas situaciones traen aparejado un endeudamiento significativo y los problemas de financiación generan ineficiencias (mayores costos de financiamiento por recurrir a mercados no formales o calificaciones de riesgo con consecuente penalización en los intereses a pagar o la exigencia de mayores garantías con sobrecostos de gestión, o incluso subutilización de

la capacidad productiva por no contar con recursos para insumos -desde materia prima, pasando por energía y llegando hasta mano de obra- e incluso imposibilidad de cumplimiento).

Una de las opciones de reorganización es la modificación de la estructura empresarial. La actividad económica empresarial puede desarrollarse a través de diferentes figuras jurídicas o por personas físicas. Dentro de las formas jurídicas previstas en el Uruguay existe una variedad de posibilidades entre las cuales se encuentran las sociedades comerciales reguladas por la Ley Nº 16.060 y a partir de setiembre de 2019 la utilización -desde el momento fundacional o con posterioridad a través de la transformación- de sociedades por acciones simplificadas.

El tipo social y la organización (actividad, capital, número de socios) elegido al inicio de la sociedad, puede sufrir modificaciones producto de diferentes circunstancias.

Son diversos los factores que llevan a la adopción de una determinada forma jurídica (la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, los costos fiscales, entre otros).

§ 2.8.3.1 Ventajas de la SAS como estructura para recibir capital

Las sociedades por acciones simplificadas ofrecen una serie de ventajas a la hora de recibir recursos a través de aportes de capital para el desarrollo del negocio que se proponen realizar. Dejando de lado la primera ventaja que es la posibilidad se ser constituida por una sola persona física o jurídica que no sea sociedad anónima constituida antes de la Ley SASU (aún si luego se transforma a otro tipo social como paso intermedio), podemos señalar las siguientes:

Ventaja 1. Amplio margen a la autonomía de la voluntad (salvo disposiciones de aplicación preceptiva) para establecer cláusulas que mejor se adecuen al tipo de negocio que las partes se proponen desarrollar, desde micro, pequeñas y medianas empresas pero sin excluir a las grandes, en mejores soluciones con costos más bajos y evitando las limitaciones que se imponen a las SA y SRL. Admitiendo la posibilidad de emitir series o clase de acciones con una clara diferenciación de derechos entre ellas (sobre lo cual

VOLVER A ÍNDICE

volvemos más adelante) así como definir una estructura orgánica interna, bastando un representante legal.

Ventaja 2. Libertad de la SAS para participar en otras sociedades, ya sea de modo originario constituyendo otras sociedades o adquiriendo participaciones de sociedades ya constituidas. Ello va de la mano con la posibilidad de tener un objeto amplio hasta prescindencia de la cláusula de objeto, aplicándose la suplencia legal de cualquier actividad lícita.

Ventaja 3. Opción de establecer, en el mismo estatuto, restricciones a la enajenación o gravamen de participaciones y hasta la prohibición de su transferencia por un período de 10 años. Ello puede resultar esencial para un negocio en el cual las características personales de los partícipes son relevantes o la permanencia de los mismos sea parte del plan de acción.

Ventaja 4. Habilita acuerdos de accionistas regulados (artículo 28 de la Ley SASU). Estos acuerdos le conceden a la empresa la posibilidad de establecer políticas empresariales a mediano y largo plazo y, lo que es más destacado, a hacer que tales políticas sean estables, transmitiendo confianza y seguridad hacia el mundo que rodea a la sociedad (los bancos, los proveedores, los clientes, los empleados, los terceros contratantes y también, obviamente, los propios accionistas mayoritarios o minoritarios). De esta manera se evitan, para la sociedad e incluso para la empresa, la acción errática de mayorías ocasionales.

Estos "Convenios de sindicación de acciones" admiten cualquier contenido lícito previendo su oponibilidad y acatamiento por parte de la sociedad de forma clara: "el Presidente de la asamblea de accionistas o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad estará obligado a no computar el voto emitido en contravención a dicho convenio. En caso de abstención o de ausencia del accionista, el Presidente de la asamblea de accionistas votará en representación del accionista omiso o ausente en el sentido del convenio de sindicación de acciones y de la resolución debidamente depositada". Con ello es posible considerar la inclusión (no puede dejarse de lado lo discutible del planteo) en el estatuto de SAS la reglamentación de diferentes instrumentos de financiamiento como

la fijación de políticas de dividendos, financiamiento y obtención de recursos a través de aportes de capital o préstamos de los sindicados o terceros, fijando las pautas de ese endeudamiento, plan de negocios, etc. Así, dotar a la sociedad de recursos para desarrollar su actividad, permitiendo planificar una inversión futura, muchas veces a través de aportes en etapas o de préstamos por parte de los socios (o de socios nuevos que ingresan para un proyecto en particular o un período limitado).

§ 2.8.3.2 Como llegar a la SAS

Más allá de la posibilidad de la constitución de una SAS como forma jurídica para vehiculizar todo o parte de una actividad presente, cabe asimismo considerar la posibilidad de transformar en SAS otro tipo social, correspondiendo mencionar las limitaciones.

§ 2.8.3.2.1 Transformación en SAS. Limites

Una de las consecuencias de la calificación de la SAS como un tipo de sociedad comercial, es que es admisible la transformación de otros tipos regulados por la LSCU en SAS, con las limitaciones que se establezcan. Con la transformación, se da una continuidad del sujeto de derecho y por tanto no se verifica una transferencia patrimonial (los activos que la entidad adquirió antes de la transformación siguen en el mismo patrimonio, pero su titular ha pasado por un cambio de régimen jurídico).

Una de las limitaciones refiere a la forma jurídica de la sociedad a transformarse: no puede ser sociedad anónima ni al momento de adoptar la decisión ni haberlo sido antes de la Ley SASU, aún si interpone una forma como paso previo. Ello se deriva de la conjunción de los artículos 37 y 8 inciso tercero.

Es así que según el artículo 37 de la Ley SASU “Cualquier sociedad comercial, con excepción de las sociedades anónimas, podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada cuando así lo decidan sus socios o accionistas en asamblea o reunión de socios por las mismas mayorías previstas por la ley o por su contrato o

estatutos sociales para su reforma."

El artículo 8 agrega que "Tampoco podrán adoptar dicha forma jurídica, las sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la presente ley que, con posterioridad a su sanción, se transformen en otro tipo social."

Por ello no pueden transformarse en SAS ni las SA que se constituyan luego de la vigencia de la Ley SASU ni las sociedades que se constituyeron como SA antes de la Ley SASU y que luego de su sanción se transformaron o transformen a otro tipo social. Seamos claras: por el texto legal, una sociedad que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley SASU tenía otro tipo social pero que había nacido como SA si luego se transformó a otro tipo social diferente de SAS, ya no puede transformarse a SAS.

A su vez la Ley SASU prevé en su artículo 39 que "Las sociedades comerciales, cualquiera sea su tipo social, podrán evitar su disolución en los casos de reducción a uno del número de socios, en caso de resolver transformarse en sociedad por acciones simplificada, sin perjuicio de las demás opciones establecidas en la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989." Esto es, si la sociedad por efecto de una causal de rescisión queda reducida a un solo socio, éste tendrá un plazo de un año para optar por: a. disolver la sociedad; b. continuar incorporando nuevos socios o c. con la Ley SASU se le agrega una nueva opción de transformarse en SAS. Mientras el socio no formalice cualquiera de las opciones concedidas, responderá ilimitadamente por las obligaciones sociales que contraiga, ello de acuerdo al artículo 156 de la LSCU.

§ 2.8.3.3 La SAS como vehículo de estructuras empresariales complejas

La Ley SASU admite que el estatuto establezca diferentes series o clase de acciones asignándole diferentes derechos, incluso privándoles del derecho de voto (igualmente tendrán voto en aquellas decisiones que confieran derecho de receso). Entendemos además que aquellos derechos que teníamos como esenciales en la LSCU, no son tales en las SAS, salvo que estén consagrados

expresamente para este tipo social (directamente o por remisión) o cuya eliminación desnaturalice a la sociedad (afectando su causa genérica).

El gran margen de libertad estatutaria y la expresa previsión de establecer series o clases con diferentes derechos, puede ser esencial al momento de restructurar un negocio en crisis o de preverla mediante la obtención de recursos frescos de terceros. Permite, para dar un ejemplo, incorporar inversores con derechos restringidos (sin injerencia en la gestión ni directa ni indirectamente) asociados a determinado proyecto y/o con un receso predefinido (en plazo y/o condiciones).

§ 2.8.4 La diferenciación de series o clases por sectores

Puede resultar atractivo para socios o terceros invertir recursos focalizados al desarrollo o salvataje de determinado sector de actividad desarrollado por la sociedad. Esto significa que los tenedores de estas acciones con considerados accionistas de la sociedad y no de una parte o segmento de la misma, como referimos se puede tratar de sociedades que tienen varias y diferentes divisiones, de modo que el inversor pueda tomas acciones de una división o sector de su interés. Claro está que siendo un único sujeto (y por tanto, todos los bienes no inembargables son garantía común de sus acreedores sin importar el sector en el cual se generó el pasivo), partimos de la base que los otros sectores de la misma, al menos, equilibran cuentas. Sin perjuicio de lo cual, sería conveniente en la interna crear un mecanismo de una separación financiera y contable -no jurídico- en el patrimonio de la sociedad emisora, presentando por ejemplo un estado contable segregado con alcance informativo y sin eficacia externa.

Si bien las sociedades anónimas permiten diferenciar clases de acciones en ordinarias y preferidas, las limitaciones que la LSCU establece llevaron a que los operadores se inclinaran por el fideicomiso.

§ 2.8.4.1 Reconocimiento de diferentes derechos a los accionistas

§ 2.8.4.1.1 Acciones preferidas en la LSCU

La LSCU habilita la emisión de 3 clases de acciones: ordinarias, preferidas y de goce. El artículo 307 establece que "Las acciones serán ordinarias, preferidas o de goce, según los derechos que otorguen a sus titulares." No contiene una previsión del tenor del artículo 207 de la Ley argentina Nº 19.550: "El estatuto puede prever diversas clases con derechos diferentes; dentro de cada clase conferirán los mismos derechos." Entendemos que la norma argentina tiene mayor amplitud.

Para las acciones preferidas, la LSCU prevé la posibilidad de supresión del derecho de voto, sin perjuicio de lo cual, lo recobran para las Asambleas ordinarias si la sociedad está en mora con respecto al socio y para las Asambleas extraordinarias si la resolución es de las que confiere derecho de receso.

El artículo 323 de la LSCU incluye entre los derechos que pueden otorgarse a los titulares de acciones preferidas: un dividendo fijo o un porcentaje de ganancias incluso acumulativo a utilidades a las que tengan derecho como cualquier otro accionista. Por otra parte cabe analizar el tratamiento que el mismo artículo 323 confiere al derecho al dividendo (numerales 1 y 2) de las acciones preferidas. Esta norma establece que "Además de los derechos conferidos a las acciones ordinarias, podrá convenirse que las acciones preferidas confieran a sus tenedores, cualquiera de los siguientes derechos: 1) Percibir un dividendo fijo o un porcentaje de ganancias, siempre que se den las condiciones para distribuirlas. 2) Acumular al dividendo fijo, el porcentaje de ganancias con que se retribuye a las acciones ordinarias en concurrencia con las mismas. …". Parte de la doctrina uruguaya entiende que pueden otorgarse otras preferencias diversas (diferentes, incluso mayores ventajas) a las previstas mientras no se altere la naturaleza de la sociedad.

Corresponde asimismo tomar en consideración la causal de nulidad de la estipulación, establecida por el artículo 25 de la LSCU: cláusula estatutaria por la cual todas las ganancias sociales sean para determinado/s socio/s); pactos que impliquen una

"participación en las ganancias… claramente desproporcionada con relación a sus aportes.". A su vez, del análisis que la Doctrina realiza del numeral 2º del mismo artículo 323 (dividendo fijo más porcentaje en las ganancias), encontraremos opiniones de que lo que se distribuye entre los accionistas de acuerdo con su participación, es lo que resta luego de deducir el dividendo fijo. En nuestra opinión, la mayor ventaja que se confiere al preferente está dada porque además ingresa en la distribución en proporción a la participación, pero tanto en el numeral 1º como en el 2º del artículo 323, el destino de los dividendos es cubrir el fijo del preferente sin considerar el dividendo mínimo de los titulares de ordinarias. Sólo de esa manera se puede cumplir la finalidad del mecanismo: asegurar al inversor que será el primero en cobrar un fijo en caso de existir dividendos[178].

Como correlativo de la ventaja concedida a una clase de acciones, deben considerarse los derechos de los restantes accionistas (acciones ordinarias) que se ven postergados para cumplir con la preferencia acordada.

§ 2.8.4.2 Clases de acciones en la Ley de SAS

La Ley Nº 19.820 no establece expresamente la posibilidad de emitir acciones con derechos vinculados a un emprendimiento. Sin embargo, es viable a partir de la gran libertad que confiere al/los fundador/es sumado a la expresa previsión de clases y series de acciones con diferentes derechos.

§ 2.8.4.2.1 Posible estructura de financiamiento a partir de una SAS

A partir de lo antes analizado, entendemos que una entidad ya operante bajo cualquier forma jurídica podrá emplear una SAS (si es mediante constitución no podrá hacerlo una SA de forma

178 Otro tema es establecer mecanismos para que el inversor se asegure contar con poder de decisión para que las utilidades pasen a ser dividendos y no pasen a integrar otros rubros patrimoniales.

VOLVER A ÍNDICE

unilateral ni tampoco transformándose en SAS) para emitir una clase de acciones a entregar a financiadores (tanto acreedores que accedan a cobrar con acciones -es decir mediante capitalización de pasivos- como a aportantes de recursos nuevos).

Pensando en un inversor-financiador al cual se quiera vedar cualquier injerencia en la gestión, es inevitable la restricción de derechos de acuerdo a la estructuración del proyecto que se trate, definiendo qué derechos se le conceden y cuales se le restringen o suprimen (la Ley lo habilita). Corresponde señalar que no es recomendable la supresión total del voto: debería mantenerse para decisiones importantes para los intereses de estos accionistas, (como por ejemplo la venta de la unidad de negocios a la cual se encuentran vinculados) y poder contar con un sistema de control del órgano de administración en lo que se relaciona con el sector de actividad con el cual está vinculada la financiación (previendo posibles conflictos de intereses que puedan gestarse en el Directorio).

§ 2.8.5 Conclusiones

- Las características de SAS en Uruguay reguladas en la Ley Nº 19.820, en función del principio de autonomía de voluntad y diversas previsiones estatutarias expresamente permitidas en la referida Ley, permiten elaborar estructuras con acciones sectoriales, determinando el contenido de la posición de socios, a través de posibles categorías de acciones confiriéndoles diversos derechos, con la particularidad que los derechos patrimoniales estén relacionados con los resultados de un determinado sector de la actividad. .
- Dicha posibilidad permitirá reestructurar el esquema de capital de la sociedad sin acudir a mecanismos contractuales externos que generalmente imponen altos costos de transacción.
- En tal sentido, pueden otorgar a las sociedades instrumentos de financiación de nuevos proyectos, o para obtener mayor liquidez y así enfrentar las situaciones de crisis presentes en la vida de las empresas, mucho más en los momentos que atraviesa la economía mundial.

§ 2.9 SAS ¿un tipo social incomprendido?

Por María Victoria Martinelli Philipp. Colegio de Abogados de San Isidro

"Ponencia en homenaje y recordatorio del Dr. Horacio Brignole, miembro histórico del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro fallecido recientemente".

PONENCIA

La Sociedad por Acciones simplificada es un tipo social creado por la Ley 27.349 para los emprendedores, sujetos diferentes al comerciante e industrial, en virtud del cual se sancionó la Ley General de Sociedades 19.550 hace 45 años. Por lo que nos urge asimilar dicho cambio, evitando forzar la letra de la ley imponiendo requisitos a la SAS que la misma no dispone y obstruyendo el avance de los negocios mediante normas inconstitucionales como los son las RG 3/2020; 5/2020; 9/2020; 17/2020; 20/2020; 22/2020; 23/2020 y la RG 4/2020 (no publicada en el B.O) todas dictadas por la Inspección General de Justicia.

§ 2.9.1 Introducción

La Inspección General de Justicia (en adelante la IGJ) dictó, en lo que va del año 2020, OCHO (8) Resoluciones Generales por medio de las cuales modifica las dictadas en el año 2017 (número 6 y 8) que reglamentan, en lo relativo a la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS) el trámite de constitución, modificación y los libros sociales además de imponer una serie de obligaciones de cumplimiento durante su funcionamiento y de información al Registro de la Propiedad Inmueble (RG 22/2020). Con dichas resoluciones, la IGJ, logra modificar el régimen legal de este tipo societario, regulado por el Título III de la Ley 27.349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor) sancionada en el año 2017.

El objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto la falta de andamiaje constitucional de esas resoluciones (RG 3/2020; RG 5/2020; RG 9/2020; RG 17/2020; RG 20/2020; RG 22/2020; RG 23/2020 y RG 4/2020 (esta última NO publicada aún en el Boletín Oficial), dictadas por un órgano incompetente en uso de extraordinarias facultades por nadie concedidas, cuyo resultado es desnaturalizar un tipo societario ignorando o dejando de lado la finalidad perseguida por el legislador al momento de dictar la norma de fondo. Asimismo, no se desconoce que a la fecha de redacción de la presente ponencia, obtuvo media sanción en la Cámara de Senadores un proyecto de ley por medio del cual se suspende la constitución de SAS por medios electrónicos, entre otras modificaciones. En todo caso, esta ponencia podrá ser retomada en su caso cuando las mayorías de las "ideas" de ambas Cámaras se modifiquen, ya que, en desmedro de la seguridad jurídica, la historia nacional me ha convencido de que lo que es incomprendido por un grupo lo puede ser por otro, y así van, sancionándose, derogándose y modificándose normas al compás de los "colores". Excede el presente trabajo analizar los motivos que llevan a dictar dichas resoluciones así como los fundamentos escritos de las mismas, que por supuesto surgen de cada una de ellas, a los cuales remito ya que de los mismos surge la necesidad de volver el tiempo atrás y la escasa (o nula) advertencia de que el mundo ya no es el mismo que hace unos años.

§ 2.9.2 Desarrollo

Una de las primeras enseñanzas que recuerdo cuando ingresé a estudiar esta carrera a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es que una ley dictada por el Congreso de la Nación sólo puede ser modificada por otra ley dictada por el mismo poder del Estado.- Junto con ese principio constitucional aprendí que mediante la Constitución Nacional, la República Argentina adoptó para su gobierno la forma REPUBLICANA, que no es otra cosa que la, DIVISION DE PODERES (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) ninguno por encima del otro, todos igual de importantes siendo de suma relevancia respetar siempre dicha división. Por eso, cuando a fines de febrero leí las RG 3 y 5 del 2020 supe sin

lugar a dudas que la IGJ estaba modificando una ley dictada por el Congreso de la Nación, lo mismo ocurrió con las posteriores Resoluciones Generales. Es claro que la IGJ no cuenta con dichas facultades, y cualquier interpretación que lleve a dicha conclusión es en sí misma inconstitucional, como lo son dichas Resoluciones Generales.

Entiendo que para puntualizar las modificaciones introducidas resulta relevante primero recordar los fundamentos de la creación de un nuevo tipo societario.

Tal como mencioné, la SAS se creó mediante la Ley 27.349 denominada Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) en el año 2017. Como recordaremos, el primero de agosto de 2015 entró en vigencia la Ley 26.994 que modificó la Ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales hasta ese momento, Ley General de Sociedades hoy) y sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación. A partir de ese momento (y un tiempo antes estudiando los textos) se comenzó a hablar de un "cambio de paradigma", mediante dicha afirmación encontramos la explicación a muchas de las modificaciones. Y es cierto, lo que debemos de tener presente es que el cambio de paradigma no se produjo el primero de agosto de 2015 sino que ya se había producido hacía tiempo en la sociedad argentina globalizada (ya que atento dicho fenómeno los cambios en un lugar del mundo impactan más temprano que tarde en todo el mundo).- Es decir, que el legislados "recogió el guante" del cambio de paradigma y lo plasmó en la norma y en ese momento fuimos conscientes de su existencia.

En el año 2017 mediante la ya mencionada Ley 27.349 (LACE) el legislador volvió a recoger el guante y advirtiendo la tendencia mundial desde hacía años y la necesidad de un grupo de personas de que se les facilite el acceso a los negocios, de una forma más ágil, menos costosa y más sencilla, en su título III creó un nuevo tipo social, la SAS, resistido desde un principio por unos pocos, quienes no logran advertir un cambio de paradigma.

Uno de los principales cambios que albergó dicha ley es el principio de la voluntad de los socios al momento de constituir una SAS, dando lugar al principio de la libertad, tal como lo había hecho el

CCCN en diversos institutos.

Vamos a incurrir en un primer y grave error si pretendemos analizar la SAS con lo aprendido mediante la Ley 19.550.- La SAS se creó en el año 2017 mediante la ley 27.349 con toda intención no se legisló dicho tipo social en la LGS, justamente porque es UN NUEVO TIPO SOCIAL CREADO PARA SUJETOS DIFERENTES. La LGS se dictó en el año 1972, hace 45 años, y si bien "20 años no son nada" lo cierto es que si pensamos en el mundo hace 45 años nos vamos a encontrar con uno completamente diferente al de hoy, por tal motivo, es evidente la necesidad de un nuevo tipo societario, creado para los EMPREDEDORES y no ya para el comerciante o industrial de los años 70. El emprendedor, el empresario emergente, tiene una idea innovadora, un *know-how* que pretende comercializar, y necesita, requiere, dado el mercado actual, contar con la herramienta necesaria que le permita acceder de una forma rápida, sencilla y de bajo costo al mismo. Esto no es una necesidad sólo Argentina, y ya en el mundo se recepcionó esta idea, por ejemplo en Francia se sancionó una SAS en el año 1994.

Un régimen legal que facilita el acceso a los negocios, recepcionando la práctica de países llamados de primer mundo, en ningún caso debe ser interpretado como "opacidad" ni cuestiones semejantes. Recordemos que la República Argentina cuenta con entes administrativos destinados a controlar las actividades de las personas (humanas y jurídicas) tales como la AFIP, quien advierte si hay incongruencias entre lo facturado y lo gastado por un sujeto; la UIF quien obtiene información de diferentes obligados a brindarla y mediante el cruzamiento de datos puede advertir la existencia de operaciones sospechosas, entre otros. Así también, contamos con el Poder Judicial, encargado de investigar los delitos producidos y hasta con una Ley 27.401 de responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

La Ley 27.349 otorgó a los emprendedores una herramienta de acceso a los negocios más sencilla, de bajo costo y más rápida y las reglamentaciones de la Dirección Provincia de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires (131/2017) y de la Inspección General de Justicia (6 y 8 del 2017) (antes de las reformas) reglamentaron su constitución siendo fiel a la letra de la ley. Sin embargo, como

mencioné, desde febrero hasta el momento, la IGJ mediante siete RG publicadas y en vigencia y una sin publicar aún, desnaturaliza y contraria los fines y la propia letra de la ley, para ello puntualizaré dichas modificaciones fundamentando mi postura brevemente[179].

¿Qué modifican las Resoluciones Generales?

1) FORMATO DIGITAL.- Recordemos que la Ley 27.349 dispuso que *la SAS podrá constituirse por medios digitales con firma digital, y de acuerdo a la reglamentación que a tal efecto se dicte. En estos supuestos, el instrumento deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca (Art. 34)* Cuando la DPPJ Prov. Bueno Aires y la IGJ reglamentaron la constitución de la misma, sólo contemplaron la misma en forma electrónica, mediante la plataforma de Trámites a Distancia. Nada impediría, claro está, que se reglamente también en formato papel, pero en ninguna medida se puede impedir la constitución por medios electrónicos, ni suspenderla así como tampoco en lo que respecta a los libros digitales, como lo pretende hacer la RG 4/2020 NO publicada hasta la fecha en el Boletín Oficial, y por lo tanto, NO vigente y el proyecto de ley mencionado.

2) RAPIDEZ Y SENCILLEZ EN LA CONSTITUCION. Por medio de la RG IGJ 3/2020 ni el texto del edicto de constitución de la SAS ni la orden al Boletín Oficial para su publicación se genera en forma automática conjuntamente con el trámite de constitución de la sociedad. Es decir, que ahora, debemos redactarlo, enviarlo a verificar al B.O. y luego de ello abonarlo.- Depende el horario en que hagamos dichas actividades, podemos tardar de dos a tres días mínimo en obtener el edicto publicado (previo a dicha modificación en 24horas máximo 48 horas obteníamos la SAS publicada) ahora, en ese plazo sólo contamos recién con el edicto. Contraria a la finalidad perseguida de la Ley 27.349 respecto de la facilidad, sencillez y rapidez en la constitución. La propia norma dispone que

179 Asimismo, adhiero en todos sus términos a la acción de amparo que tramita en autos "ASEA-ASOCIACION EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACION CIVIL Y OTROS C/INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA S/AMPARO" Expte. COM-5026/2020 contemporánea a la redacción de la presente, cuya lectura recomiendo especialmente.

la inscripción será realizada dentro del plazo de veinticuatro (24) horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el registro público (Art 38). Es decir, que expresamente se establece la rapidez de los trámites como un principio esencial en este tipo social.

Asimismo, el propio nombre del tipo social hace clara referencia a la necesidad de SIMPLIFICAR los trámites registrales y el funcionamiento de la sociedad. Y la RG 9/2020 art. 2 contraria dicha finalidad ya que modifica la sencilla forma que existía de acreditar el capital social cuando se optaba por el capital mínimo (con el pago del arancel de constitución que era el 25% de dos SMVM) y ordena a los socios, cualquiera sea el monto, a acreditarlo cómo se hace en los demás tipos sociales, los legislados en la LGS 19.550 de 1972, por ejemplo, mediante depósito en el Banco Nación. Es decir que ahora los socios, además de constar con el dinero para el pago del trámite de constitución deberán contar en efectivo con el 25 % del capital social, anticipando desde ya que por observaciones de la propia IGJ en los últimos meses, nunca será suficiente los 2 SMVV.

3) CAPITAL SOCIAL – OBJETO SOCIAL: (RG 5/2020 y 9/2020) La posibilidad de que la IGJ evalúe la relación entre objeto social y capital social es claramente contraria al espíritu y a la letra de la misma ley que establece la posibilidad de constituir una SAS con un capital mínimo de DOS SALARIOS MINIMOS VITALES Y MOVILES (Art. 36 inc. 6) (además de retrotraer la reglamentación 15 años atrás). A su vez, el Art. 36 inciso 4 de la Ley 27.349 claramente dispone que el objeto de la SAS *podrá ser plural y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, que podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas*. Atento a lo cual, si la propia ley autoriza que el objeto sea plural, conformado por actividades conexas o no, relacionadas o no, y a su vez permite que se constituyan con un capital mínimo de 2 SMVM la RG 5/2020 desnaturaliza completamente no sólo la finalidad sino la propia letra de la ley.

4) EXIGENCIAS CONTRARIAS A LA LEY: Si bien todas las exigencias impuestas por las RG mencionadas son contrarias a la norma de

fondo, se destaca puntualmente en este apartado, el art. 3 RG 9/2020 que exige que los administradores de la sociedad presten garantía, cuando la ley NADA dice al respecto. Parecería que la IGJ, sin tener facultades para hacerlo, interpreta la letra de la ley y aplica forzadamente la LGS cuando expresamente la propia LACE establece que ***supletoriamente**, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, **en cuanto se concilien con las de esta ley** (Art. 33)* (el destacado me pertenece) y una de las remisiones expresas, y siempre teniendo en cuenta el principio dispuesto en el artículo citado, lo hace al legislar sobre la organización jurídica interna, disponiendo que *los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984.* (Art. 49). Nótese que dice SUPLETORIAMENTE, con lo cual, si el legislador hubiese querido imponer el requisito de garantía de los administradores lo hubiese dicho expresamente en el art. 256 LGS 19.550, asimismo dispone que se aplicará supletoriamente las normas de la SRL en lo relativo al funcionamiento UNICAMENTE.

Asimismo, el Art. 4 de la RG 9/2020 dispone la obligatoriedad de un órgano de fiscalización si la SAS se encuentra incluida en inc. 2 del Art. 299 LGS sin perjuicio de que la LACE expresamente dispone que la fiscalización SIEMPRE es optativa, aun cuando la SAS se encuentre incluida dentro el Inciso segundo del Art. 299 LGS, así lo dispone expresamente el Art. 53 de la ley 27.349: "*En el instrumento constitutivo podrá establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por sus disposiciones y supletoriamente por las normas de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, en lo pertinente.*" Claramente dice PODRA[180].

180 Recordemos que en la propia LACE limita respecto de la constitución y funcionamiento la SAS no deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incisos 1, 3, 4 y 5 del artículo 299 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984 ni podrá ser controlada por una sociedad de las comprendidas en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, ni estar vinculada, en más de un treinta por ciento (30 %) de su capital, a una sociedad

En su artículo 5 la RG 9/2020 impone a la SAS la obligación de presentar ESTADOS CONTABLES. Se señala que el Art. 58 punto 4 de la LACE establece que el Registro Público sólo controlará el TRACTO REGISTRAL de las constancias de los libros digitales. Lo mismo ocurre con la RG IGJ 22/2020 que dispone la obligatoriedad de registrar el poder del Art. 51 LACE avanzando en disponer que el mismo sólo puede ser otorgado a favor de un administrador, continúa legislado en materia de fondo claramente.

Finalmente no quiero dejar de mencionar el extenso artículo sexto de la RG 9/2020 donde enumera una serie de facultades mereciendo la misma opinión que vengo desarrollando.

5) INCONGRUENCIAS DE LA MISMA IGJ: mediante la RG IGJ 17/2020 se ponen en evidencia la incongruencia del propio órgano y una palmaria inseguridad jurídica. En un comienzo se permitió la firma electrónica más firma digital puesta en último lugar (RG 6/2017 modificada por RG 8/2018). Ahora no sólo modifica ello (en contra de la propia letra de la ley, que si bien habla de firma digital lo menciona en singular, con lo cual permite interpretar que con que una sea digital es suficiente) pero no conforme con ello ordena a quien cumplieron con la forma dispuesta por la IGJ regresen y ratifiquen dicho trámite.

6) ESTATUTO MODELO. Mediante la RG IGJ 23/2020 y como consecuencia de las RG mencionadas, la IGJ reformó el estatuto modelo, reglamentando y avanzando en forma desmedida sobre cuestiones que la ley DEJO LIBRADA A LA VOLUNTAD DE LOS SOCIOS, LA IGJ DECIDE APLICAR ARTICULOS DE LA LGS Y LO INCLUYE EN EL ESTATUTO MODELO, que como se sabe, es el que la gran mayoría elige por facilitar la constitución (tal como la LACE lo propone) ahora bien, vamos a tener que comenzar a redactar los estatutos si no queremos que los socios queden atrapados en los términos

incluida en el mencionado artículo. En caso de que la SAS por cualquier motivo deviniera comprendida en alguno de los supuestos previstos en los incisos 1 o 2 precedentes, deberá transformarse en alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, e inscribir tal transformación en el registro público correspondiente, en un plazo no mayor a los seis (6) meses de configurado ese supuesto. Durante dicho plazo, y hasta la inscripción registral, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

y condiciones impuestos por la IGJ y claramente NO TENDREMOS UNA SAS EN 24 HORAS.

7) Finalmente, mediante la RG 22/2020 la IGJ decide que tiene facultades para solicitar información al Registro de la Propiedad Inmueble sobre las operaciones realizadas por las SAS y, por ejemplo, a inspeccionar inmuebles adquiridos para controlar qué tipo de uso se le otorga, evidentemente la IGJ NO quiere alentar la constitución de SAS en absoluto, a pesar que la LACE aún vigente así lo propone en todo momento.

Me pregunto: ¿Habría que modificar la Ley 27.349 a los efectos de aclarar estas cuestiones? Quizá se podría disponer expresamente que: a) cuando se menciona que el órgano de fiscalización es OPTATIVO sin mencionar excepción a ello significa que es siempre optativo; b) cuando el vocablo simplificada aparece en un tipo social, significa que la norma de fondo pretende facilitar, y hacer más sencillos los trámites de constitución y funcionamiento de dicha sociedad, por lo que si había formas de hacerlo, no puede el órgano de contralor imponer otras que demoren y atrasen; c) cuando no se le exige un requisito determinado a los órgano internos de la SAS es porque se creó un nuevo tipo social en el cual prima el principio de la libertad y voluntad de los socios, y que si estos nada establecieron y la norma de fondo tampoco, solo en esos casos en forma supletoria se aplicará el régimen de la SRL, pero que ello no implicará en forma alguna exigencias tales como la garantía de los administradores (recordar que todos lo que no está prohibido está permitido); d) establecer de alguna vez para que no haya más confusiones la diferencia entre capital social y patrimonio de la SAS y la incongruencia actual de examinar la relación entre capital y objeto social al momento de la constitución.

§ 2.9.3 Conclusión

Finalmente, y remitiéndome al título de esta ponencia, considero muy a mi pesar que la SAS es un tipo social incomprendido, no por la mayoría de quienes ejercemos la profesión en el ámbito empresarial, ya que nosotros entendemos la necesidad imperiosa de la existencia de estos tipos societarios, con trámites de

constitución sencillos, de bajo costo y rápidos, para así poder competir internacionalmente. Los que parecen no comprende esto son las mayorías que toman decisiones. Un órgano de contralor (IGJ) que excediéndose visiblemente de sus facultades dicta resoluciones inconstitucionales por ser contrarias al espíritu, finalidad y a la propia letra de la ley, y por legisladores que proponen proyectos de ley que atrasan y no evitan nada, sólo consiguen que nuestro país continúe alejándose de los países a cuya sociedad siempre añoramos parecernos, que cuentas con estos institutos que funcionan perfectamente en la práctica. La tendencia mundial de los países más desarrollados es bajar los costos, tiempos y trámites para ingresar a los negocios, pero hoy en la IGJ y conforme el proyecto de ley, eso se tilda de “opacidad”.

§ 2.10 Infracapitalización y aplicación del "disregard"

Por Guillermo Marcos. Colegio de Abogados de Bahia Blanca

PONENCIA

Resulta de aplicación la doctrina del disregard para el supuesto de infracapitalización societaria. Tal utilización debe ser plena, evitando la aplicación restrictiva, carente de sustento normativo.

§ 2.10.1 Desarrollo

Cuando la realización de actos contrarios a la ley por parte de socios o controlantes produce un daño a la sociedad, no cabe sino hacer efectiva su responsabilidad en la forma en que lo indica el art. 54 de la L.G.S. La posibilidad de responsabilizar a los socios que, por acción u omisión, han dotado al ente de un patrimonio insuficiente, produciendo perjuicios a terceros, goza hoy de la aceptación mayoritaria de los autores; sin perjuicio de calificadas reprobaciones[181]. Sin embargo, al par de la adhesión doctrinaria que ha concitado tal predicamento, puede advertirse escasez de precedentes en el fuero comercial, ya que la mayor cantidad de ellos proviene de los tribunales laborales. No obstante, lo cierto es que hoy, en relación a esta cuestión, existen problemas de la máxima importancia que han quedado aún por resolver, y, de cuya resolución, depende la justa aplicación de la tesis. En primer

181 Dasso, Ariel: "El mito de la infracapitalización", Doctrina Societaria y Concursal Errepar, Tomo XXVI, noviembre de 2014, cita digital: EOLDC090918A; Rubín, Miguel E.; "La infracapitalización "argentinizada": la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición"; Publicado en: DCCyE 2011 (junio), 01/06/2011, 129; Cita Online: AR/DOC/1543/2011; Stordeur (h.), Eduardo; "Infracapitalización societaria: la eliminación de la función empresarial", Publicado en: RDCO 2006-220, 337; Cita Online: AR/DOC/6523/2013; López Tilli, Alejandro Miguel "La infracapitalización no es el problema. Incapacidad del sistema legal para velar por la traslación eficiente del riesgo"; XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo III, pág. 311.

lugar, se manifiesta compleja su aplicación ante la ausencia de normas específicas, cuestión que ya fuera advertida por Botteri y Coste[182], Vitolo[183], y también por Nissen y Boquin[184] ante la difusión del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Estos últimos alertaban sobre las urgentes soluciones que requería la problemática y aconsejaban la inclusión, en la ley de sociedades, de disposiciones específicas que establezcan un capital social mínimo en las sociedades en las cuales sus integrantes limitan su responsabilidad a los aportes efectuados y, a la vez, regular la relación que debe existir entre el capital social y el objeto. Frente a esta desatención por parte de la reforma, y ya mucho antes de ella, se hubo estimado de aplicación la norma del art. 54 de la L.G.S. en tanto responsabiliza solidariamente a los socios o controlantes por el daño ocurrido a la sociedad[185], y también las disposiciones que, acerca del abuso de derecho contenía el Código derogado, y se han mantenido en el nuevo ordenamiento (art. 10 CCC). Y hay quienes han entendido que deben aplicarse analógicamente los arts. 99 y 106 de la L.G.S., sosteniendo el paralelismo que existe en quienes omiten el trámite liquidatorio, y a los que la ley sanciona con responsabilidad ilimitada y solidaria respecto de los socios y terceros[186].

Y también se ha admitido la viabilización del resarcimiento a través de la inoponibilidad de la persona jurídica en los términos de los arts. 54 tercer párrafo de la L.G.S. y 144 del Código Civil y Comercial[187]. Así razona Richard, sosteniendo que *"...Ante la división*

182 Botteri, José David (h) y Coste, Diego, ponencia presentada en el LVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Mar de Ajo, 29 y 30 de noviembre de 2012.

183 Vítolo, Daniel Roque; "Responsabilidad de los administradores y socios por infracapitalización", en XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III, pág. 455.

184 Nissen, Ricardo y Boquin, Gabriela: "Sobre la necesidad de incluir soluciones concretas en materia de infracapitalización", 5 de febrero de 2013, Microjuris, cita: MJ-DOC-6148- AR|MJD6148.

185 Avellaneda, Mirta del C.; "Medidas frente a la infracapitalización societaria"; Publicado en: RDCO 2010 -A, 689; Cita Online: AR/DOC/5895/2013.

186 Junyent Bas, Francisco; "La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios"; Publicado en: LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045; Cita Online: AR/DOC/1397/2009.

187 Junyent Bas, Francisco; "La infracapitalización societaria. Responsabilidad de

patrimonial se impone referirse a la llamada 'inoponibilidad de la personalidad jurídica', frente al abuso del control de la funcionalidad societaria, perjudicando a la sociedad, a otros socios o a terceros. Respecto a estos últimos particularmente por la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales"[188].

Dicen Botteri y Coste que la frase *'mero recurso'* del art. 54, contiene implícitamente la noción de infrapatrimonialización, porque una sociedad que se encuentra capitalizada materialmente, en armonía con el volumen e intensidad de los negocios, que verdaderamente produce e intercambia bienes y servicios, que genera trabajo y riqueza, nunca puede configurar un *'mero recurso'* para violar la ley, el orden público y la buena fe, así como frustrar derecho de terceros[189]. No existe unanimidad al respecto: Paz-Ares sostiene que la expresión persona jurídica no tiene una función descriptiva de una realidad subjetiva, sino que constituye una mera función de presentación de un grupo de reglas. O sea que la persona jurídica solamente hace referencia a un mecanismo, no a un centro de imputación, que irá a desembocar, en todo caso,

administradores y socios"; Publicado en: LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045; Cita Online: AR/DOC/1397/2009; Nissen, Ricardo, Nissen, Ricardo A.; "La infracapitalizacion societaria, la prevención de daños y las Sociedades por Acciones Simplificadas"; Publicado en: LA LEY 10/10/2017, 10/10/2017, 1 - LA LEY2017-E, 1117; Cita Online: AR/DOC/2633/2017; Proietti, Diego M.; "La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a los socios o accionistas"; Publicado en: Sup. Act. 29/09/2011, 29/09/2011, 1; Cita Online: AR/DOC/3024/2011; Rippe, Siegbert; "Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores"; Publicado en: laleyonline, Cita Online: 0003/000886; Usandizaga, Manuel; "La carente autonomía de la infracapitalización societaria"; Publicado en: LA LEY 21/11/2014, 21/11/2014, 6 - LA LEY2014-F, 380; Cita Online: AR/DOC/3473/2014; Manóvil, Rafael, "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado", p. 1087, Abeledo Perrot, 1998.

188 Richard, Efraín H.; "Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros", Publicado en: RCCyC 2018 (mayo), 09/05/2018, 67; Cita Online: AR/DOC/674/2018.

189 Botteri José – Coste, Diego "La infracapitalización material es un presupuesto necesario pero no suficiente de la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica en el marco de acciones que pretenden atribuir responsabilidad a los socios o controlantes por deudas sociales"; XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empesa, Tomo I, pág. 369.

a los únicos y verdaderos sujetos de derecho que pueden existir, que son los hombres, puntos finales de la imputación. Agrega que la ciencia jurídica ha *"reificado"* el nombre *"persona jurídica"* en el entendimiento de que se trataba de un verdadero sujeto de derecho, conduciendo a soluciones manifiestamente inconvenientes: *"...para hacer frente a tales situaciones hubieron de levantar un nuevo edificio conceptual de papel-cartón: la ambigua y poco sólida doctrina del levantamiento del velo"*[190].

Rubin, por su parte, y acoplado en su postura contraria a la tesis de la infracapitalización, explica que, entre nosotros, no tiene sentido incorporar la noción de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando las hipótesis que la doctrina y la jurisprudencia intentan incluir en tal concepto, perfectamente pueden ser juzgadas como simulación, fraude u otros institutos regulados por nuestras leyes[191].

Finalmente, debe citarse el predicamento de la Corte Nacional, bien que en referencia a temas laborales, que ha expresado, por la minoría, sus reservas acerca de la aplicación de la tesis, cuestionando la sentencia recurrida por arribar a una solución: "...*que no solo no se compadece con sus ya reseñados fines de proteger el tráfico negocial por la vía de sancionar la abusiva utilización del mecanismo societario, sino que atenta contra ellos; pues al introducir la posibilidad de soslayar sin respaldo legal la personalidad de las sociedades comerciales, priva al sistema de la certidumbre sin la cual no es concebible que la técnica societaria cumpla los fines que le asignó el legislador"*[192]. En este precedente y en 'Davedere', la Corte ha estimado el corrimiento del velo como de interpretación restrictiva, requiriendo, además, que se encuentre presente la insolvencia, según se extrae de un voto minoritario de

190 Paz-Ares, Cándido; "Sobre la infracapitalización de las sociedades", (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (España). Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1983-40158701640.
191 Rubín, Miguel E.; "La infracapitalización "argentinizada": la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición"; Publicado en: DCCyE 2011 (junio), 01/06/2011, 129; Cita Online: AR/DOC/1543/2011.
192 CSJN, 05/03/2002, "Cingiale, María C. y otro c. Polledo Agropecuaria S.A. y otros", voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López, http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis =516636&cache=1586889566595.

ese cuerpo, en un pronunciamiento posterior[193]. Vale decir que, entre las posturas favorables y contrarias a la aplicación del *'disregard of the legal entity'* en entes subcapitalizados, se encuentra el pensamiento de algunos miembros del máximo tribunal que, pese a admitirla formalmente, la estiman de aplicación restrictiva. Tal cortapisa ha operado prohibitivamente sobre su aplicación a tenor del resultado de los precedentes citados.

No podemos compartir lo radical de tal conclusión. La ley debe aplicarse conforme su texto, ya que el primer modo de aproximación a una norma es el literal; máxime en el caso del último párrafo del art. 54, que nunca podría calificarse como ambiguo u oscuro. Las interpretaciones restrictivas o amplias de una norma, dan pábulo a su transgresión, ya que, en el primer caso, se estaría otorgando menos de lo que autorizan sus palabras y en el segundo, se excedería su alcance.

Trataríase, en el caso, de la deficiencia que critica Francisco Carrió: *"...Así, la búsqueda de 'esencias', 'voluntades no escritas' y bienes jurídicos difusos, en lugar de determinar qué quiere decir cierta norma y cómo se aplica a un caso concreto, termina convirtiéndose en qué debería decir la norma que el juez interpreta"*[194]. Debe advertirse, por lo demás, que, cuando el legislador ha querido que una norma se interprete limitadamente lo ha dicho de modo expreso (v.g. art. 114 L.G.S.; arts. 55, 375, 727, 736, 792, 948, 993, 1027, 1037, 1062, 1545 y 1642 CCC). No existe mención alguna en el art. 54 acerca de que debe aplicarse como *"sanción extrema"* o interpretarse *"restrictivamente"* y, mucho menos, que se encuentre en *"insolvencia"*. Ello autoriza, fundadamente a presumir, que no existe cortapisa alguna para la aplicación de la doctrina del corrimiento del velo, con base en el art. 54 LGS. Como corolario, estimamos de aplicación la doctrina del *disregard* para el supuesto de infracapitalización societaria. Y entendemos que tal aplicación debe ser plena, evitando la aplicación restrictiva, carente de sustento normativo.

193 CSJN, 29/05/2007, "Daverede, Ana M. c. Mediconex S.A. y otros"; IMP2007-13 (Julio), 1330 - LA LEY 23/07/2007, 23/07/2007, 8 - LA LEY2007-D, 440; Cita Online: AR/JUR/1519/2007.

194 Carrió, Francisco; "En busca del arca perdida: el bien jurídico protegido y otras criaturas mitológicas. Qué cosas no buscar cuando queremos interpretar la ley"; Publicado en: Sup. Penal2019 (mayo), 6 - LA LEY2019-B, Cita Online: AR/DOC/421/2019.

§ 2.11 Pérdida del libro de accionistas

Autor: Dr. E. Daniel Balonas. Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

El procedimiento previsto en los arts. 1876 a 1881 del Código Civil y Comercial es una interesante solución, plenamente aplicable a las sociedades por acciones para el caso de extravío del libro de accionistas. Resulta adecuado tomar como punto de partida el proceso de verificación de créditos del sistema concursal y sostenemos que a partir de ello la sentencia no es apelable, sino solo modificable por incidente de revisión. El proceso puede ser impulsado por cualquier interesado y de legge lata es obligatorio en todos los casos, sin perjuicio de la facultad del magistrado de simplificarlo sin eludir las publicaciones. De legge ferenda se propone regular un procedimiento extrajudicial y mucho más sencillo para sociedades en las que al menos a priori no hay conflicto, y bajo responsabilidad solidaria e ilimitada de todos aquellos que lo han impulsado respecto de accionistas o terceros excluidos del mismo.

§ 2.11.1 Introducción

Lamentablemente es habitual, en el marco de los conflictos societarios que la parte que se encuentra en ejercicio de la administración societaria, se valga de ello para manejar –sirviendo a sus intereses y no a los de la sociedad- el Registro de Accionistas previsto en el art. 213 de la L.G.S.

Muchas veces, en el marco de esas maniobras, el órgano de administración resiste a inscribir transferencias –que afectarían su mayoría en asambleas-, objetando las mismas, o simplemente haciendo caso omiso a ellas. En otros abusa de su poder de registro e

inscribe transferencias sin los debidos recaudos[195].

Cuando se solicita la presencia de representantes de organismos de contralor en la asamblea estos se inclinan por admitir la participación de quienes están registrados en el libro[196].

Tales circunstancias, y otras, nos han llevado a plantearnos, en alguna oportunidad, si es una buena decisión legislativa dejar que las sociedades anónimas lleven en forma privada el registro de la titularidad, derechos reales y gravámenes sobre las acciones. O si por el contrario, existe en ello un interés público que determina como una mejor elección el reservarlo a la autoridad pública. Sin embargo, no es este el tema que abordaremos en este trabajo, sino el de la normativa referida a la pérdida del libro y su reconstrucción.

En muchos otros casos, el libro simplemente se pierde. A veces producto de sucesivos cambios de administradores o intervenciones y otras de modos difícilmente justificables.

Pero lo cierto es que, extraviado el libro, el mismo ha de ser reconstruido y aquí el grado de incertidumbre de accionistas y aún de terceros se incrementa.

Solo para pensarlo: ¿cómo catalogaríamos la pérdida de todos los archivos de un Registro de la Propiedad Inmueble? De modo particular y para un universo mucho más restringido, en las sociedades estamos ante la misma situación.

§ 2.11.2 El nuevo régimen del Código Civil y Comercial. Su aplicabilidad al caso

El Código Civil y Comercial trajo una solución, que aún cuando parece apropiada, merece formularnos una serie de interrogantes.

195 Por ejemplo se ven inscribir transmisiones mortis causa sin el oficio judicial que lo ordene, o se inscribe como administrador de una sucesión a quien no ha sido nombrado judicialmente.
196 En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires las normas de la I.G.J. sobre el modo de actuar de los representantes, imponen esta solución.

Los arts. 1876 a 1881[197] establecen este régimen que, no tenemos

197 **ARTÍCULO 1876.- Denuncia**. Si se trata de títulos valores nominativos o títulos valores no cartulares, incluso los ingresados a sistemas de anotaciones en cuenta según el artículo 1836, la sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro respectivo, incluso cuando son llevados por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros, debe ser denunciada por el emisor o por quien lo lleva en su nombre, dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho.
La denuncia debe efectuarse ante el juez del domicilio del emisor, con indicación de los elementos necesarios para juzgarla y contener los datos que puede aportar el denunciante sobre las constancias que incluía el libro. Copias de la denuncia deben ser presentadas en igual término al organismo de contralor societario, al organismo de contralor de los mercados de valores y a las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación y cajas de valores respectivos, en su caso.
ARTÍCULO 1877.- Publicaciones. Recibida la denuncia, el juez ordena la publicación de edictos por cinco días en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en la República para citar a quienes pretenden derechos sobre los títulos valores respectivos, para que se presenten dentro de los treinta días al perito contador que se designe, para alegar y probar cuanto estimen pertinente, bajo apercibimiento de resolverse con las constancias que se agreguen a las actuaciones. Los edictos deben contener los elementos necesarios para identificar al emisor, los títulos valores a los que se refiere el registro y las demás circunstancias que el juez considere oportunas, así como las fechas para ejercer los derechos a que se refiere el artículo 1878. Si el emisor tiene establecimientos en distintas jurisdicciones judiciales, los edictos se deben publicar en cada una de ellas.
Si el emisor ha sido autorizado a la oferta pública de los títulos valores a los que se refiere el registro, la denuncia debe hacerse conocer de inmediato al organismo de contralor de los mercados de valores y a las entidades expresamente autorizadas por la ley especial o la autoridad de aplicación en los que se negocien, debiéndose publicar edictos en los boletines respectivos. Si los títulos valores han sido colocados o negociados públicamente en el exterior, el juez debe ordenar las publicaciones o comunicaciones que estime apropiadas.
ARTÍCULO 1878.- Trámite. Las presentaciones se efectúan ante el perito contador designado por el juez. Se aplica el procedimiento de la verificación de créditos en los concursos, incluso en cuanto a los efectos de las resoluciones, los recursos y las presentaciones tardías.
Las costas ordinarias del procedimiento son soportadas solidariamente por el emisor y por quien llevaba el libro, sin perjuicio de la repetición entre ellos.
ARTÍCULO 1879.- Nuevo libro. El juez debe disponer la confección de un nuevo libro de registro, en el que se asienten las inscripciones que se ordenen por sentencia firme.
ARTÍCULO 1880.- Ejercicio de derechos. El juez puede conceder a los presentantes el ejercicio cautelar de los derechos emergentes de los títulos valores antes de la confección del nuevo libro, en su caso, antes de que se dicte o quede firme la sentencia que ordena la inscripción respecto de un título valor determinado, conforme a la verosimilitud del derecho invocado y, de estimarlo necesario, bajo la caución que determine. En todos los casos, el emisor debe depositar

dudas resulta aplicable a las sociedades, atento a las siguientes razones:

(i) La Ley de Sociedades no contiene régimen específico, lo que hace aplicable las normas generales.

(ii) La Ley de Sociedades, en su art. 226 se remiten en forma supletoria a las referidas a títulos valores.

(iii) El art. 1876 del Código Civil y Comercial establece que la denuncia debe comunicarse inmediatamente al "organismo de contralor societario".

§ 2.11.3 El costo del nuevo procedimiento

Sentada la aplicabilidad del régimen a las sociedades por acciones, haremos un muy breve análisis del mismo.

En primer lugar, advertimos que el procedimiento es costoso.

Importa una denuncia judicial y administrativa dentro de las 24 horas, la publicación de edictos durante cinco días en Boletín Oficial y Diario de Circulación Masiva –o más diarios si la sociedad tuviera establecimientos en distintas jurisdicciones, o incluso en el exterior si los títulos han sido negociados allí- y la designación de un "perito contador" que en realidad tendrá funciones similares a las de un síndico concursal en la etapa verificatoria.

Es claro que todo ello implica altos costos económicos.

---

a la orden del juez las prestaciones de contenido patrimonial que sean exigibles. **ARTICULO 1881.- Medidas especiales.** La denuncia de sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro autoriza al juez, a pedido de parte interesada y conforme a las circunstancias del caso, a disponer una intervención cautelar o una veeduría respecto del emisor y de quien llevaba el libro, con la extensión que estima pertinente para la adecuada protección de quienes resultan titulares de derechos sobre los títulos valores registrados. Puede, también, ordenar la suspensión de la realización de asambleas, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen.

Por otro lado la norma, en el caso, confiere al Juez amplias facultades en torno a medidas cautelares sobre la sociedad, las que analizaremos luego.

Ello nos lleva a preguntarnos si el procedimiento resulta obligatorio o si puede soslayarse en sociedades cerradas sin aparente conflicto.

§ 2.11.4 ¿Puede evitarse este procedimiento?

La Ley regula el régimen con un imperativo "*debe ser denunciada*" (Art. 1876 C.C.y C.), aunque no establece sanciones directas por el incumplimiento, que no por ello dejaría de estar encuadrado en el art. 274 de la L.G.S.

El sentido común indica que en el caso de sociedades sin conflicto entre socios, o donde al menos estos no tengan diferencias en cuanto a la cantidad de acciones que corresponden a cada uno, el procedimiento resulta exagerado y debería poder prescindirse de él.

En estos casos bastaría rubricar un nuevo libro y luego aprobar mediante asamblea unánime lo registrado en ellos.

Sin embargo, surge la pregunta lógica. ¿Cómo sabemos que en esa asamblea unánime están todos si el libro ha sido reconstruido?

Y no solo eso, el interés puede no ser solo de accionistas. Puede haber intereses de terceros: Embargantes, acreedores prendarios, etc.

De *legge ferenda* podríamos pensar en un procedimiento abreviado e intra societario, con alguna mínima publicación, aprobado por asamblea unánime, pero que convierta en solidariamente responsables por los daños que se causen a todos los administradores y accionistas que aprobaron el mismo. Ello a modo de que, ante la menor duda, se opte por el procedimiento judicial de la Ley. Recordemos que el procedimiento legal, con publicidad edictal y un perito contador como una suerte de alter ego del síndico concursal, tampoco puede ser catalogado de perfecto o infalible.

Sin embargo, de *legge lata*, entendemos que el procedimiento

resulta obligatorio y que ante la pérdida de este libro debe llevarse adelante.

Claro que resultaría factible requerirle al magistrado un procedimiento abreviado, por ejemplo sin el perito contador, si luego de la publicación de los edictos no hubiese ningún interesado en objetar la propuesta de registro del propio emisor, suscripta por todos los accionistas. ¿Un *pseudo* APE?

§ 2.11.5 El procedimiento

El procedimiento no es demasiado detallado en la norma, más la remisión al sistema de verificación de créditos –consolidado hace ya muchos años- permite complementar lo no escrito con las normas, doctrina y jurisprudencia concursal.

En efecto el problema es similar: Debemos reconstruir un padrón en la forma más breve posible, aunque lesionando en la menor intensidad posible el derecho de defensa. En aquel caso debemos tener el listado de acreedores que permita comenzar con la etapa negocial del período de exclusividad, sin perjuicio de quienes pretendan seguir defendiendo o cuestionando derechos. En esta debemos tener cuanto antes un elenco que permita celebrar asambleas para no paralizar a la sociedad, sin perjuicio de los derechos de quienes quieran cuestionar lo decidido.

Así parecería evidente que, aun cuando el código no lo dice expresamente, el procedimiento importa la publicación, luego la presentación durante treinta días ante el síndico de todo aquel que se creyera con derecho con toda la documentación que sustente su petición, luego la emisión de una pericia contable (similar a un informe individual) para que el juez dicte su sentencia en forma rápida y similar al art. 36 LCQ.

Dicha sentencia haría ejecutoria, permitiría registrar lo decidido en libros y con ello volver a la vida societaria normal, pudiendo celebrarse asambleas.

Aquí nos formulamos un interrogante: ¿Dicha sentencia es apelable?, o ¿al contrario, se revisa por una vía análoga al art. 37 de la

LCQ?

Nos inclinamos por el Incidente de Revisión. En primer lugar porque la remisión del art. 1878 al procedimiento de verificación de créditos permite hacerlo, y en segundo porque es más apropiado un régimen amplio de conocimiento y prueba, y no las restricciones de un recurso respecto de una sentencia dictada en el marco de un proceso tan restringido.

Claro que sería recomendable una disposición expresa de la Ley en tal sentido, por un lado porque aquí no tenemos la norma de la inapelabilidad del art. 273 LCQ y en segundo lugar para evitar errores. Recordemos que para todo aquel no habituado al proceso concursal, la forma de cuestionar una sentencia es la recursiva del Código Procesal.

A falta de esa disposición sería prudente requerir al magistrado interviniente que incluya tal premisa en la publicación que ordena al comenzar el proceso.

§ 2.11.6 El conflicto y las medidas cautelares

Hasta aquí vinimos pensando en la situación de no conflicto, y solo en la tutela de intereses de terceros o eventuales accionistas excluidos.

Pero supongamos la situación de conflicto y el caso en que los accionistas no alineados con los administradores toman conocimiento del extravío del libro. En este caso concordamos con Alejandra Bouzigues y Darío De León [198] en que si bien la legitimación original para denunciar corresponde a la sociedad, ante la omisión de los administradores de hacerlo –en el breve plazo de 24 horas que da la norma- admite la denuncia por parte de cualquiera accionista. E incluso, agregamos, por parte de cualquier interesado, como po-

198 BOUZIGUES, Alejandra y DE LEON, Darío "La Denuncia de Sustracción, Pérdida o Destrucción del Libro de Registro de Acciones como Causal Autónoma de Intervención Societaria y/o de Suspensión Provisoria de Celebración de Asambleas", ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societrio y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa" realizado en Rosario en Septiembre de 2020.

dría ser un tercero, titular de un gravamen sobre las acciones.

El código refiere a "denuncia", de donde se infiere que iniciado el procedimiento el Juez debe darle trámite con solo verificar algún interés de quien lo insta. Esta interpretación es confirmada por el art. 1876, que al referir a las medidas cautelares indica que el Juez resolverá "a pedido de parte interesada", lo que permite suponer que no solo la sociedad está legitimada.

§ 2.11.7 Las medidas cautelares

Quizás en uno de los puntos que más ha avanzado el Código es en materia de medidas cautelares, a las que ha dedicado el art. 1881 bajo el título de "Medidas Especiales".

Dispone la norma que, conforme las circunstancias del caso, el Juez puede disponer la intervención o veeduría respecto del emisor y de quien llevaba el libro con extensión que se estime pertinente para la adecuada protección de quienes resultan titulares de derechos sobre los títulos. También puede ordenar la suspensión de la realización de asambleas cuando circunstancias excepcionales lo aconsejen.

Vemos que el nuevo régimen da al magistrado muy amplias facultades, aún en contra de la jurisprudencia mayoritaria que sostenía que la asamblea no es susceptible de ser suspendida cautelarmente[199].

Sin embargo es sabido que en materia de medidas cautelares las facultades judiciales son amplias y que nada impide al magistrado diseñar otras medidas más adecuadas al caso.

Entendemos que durante el proceso de reconstrucción del libro, que no debería llevar más de sesenta días deben necesariamente suspenderse las asambleas, salvo acuerdo expreso en contrario de todos quienes se han presentado a ejercer sus derechos.

199 Incluso esta nueva norma podría poner en tela de juicio aquella pacífica jurisprudencia para otros supuestos, tal como proponen Bouziguez y De León en el trabajo ya citado.

También consideramos que de existir algún incidente de revisión de la sentencia, en el marco del mismo, podrían dictarse medidas cautelares imponiendo restricciones a que las asambleas traten algún tema, anotaciones de Litis en el nuevo libro o cualquier otra que a criterio del Juez resulte adecuada para tutelar los derechos del incidentista, en tanto resulten acreditados los demás recaudos generales: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela adecuada.

Así el art. 1876 no es más que un punto de partida, importante por cierto, pero que permite, en cada caso, peticionar la medida cautelar más adecuada a las reglas generales del instituto y los bienes a proteger.

§ 2.11.8 Conclusiones

El procedimiento previsto en los arts. 1876 a 1881 del Código Civil y Comercial es una interesante solución, plenamente aplicable a las sociedades por acciones. Resulta adecuado tomar como punto de partida el sistema de verificación de créditos y sostenemos que a partir de ello la sentencia no es apelable, sino solo modificable por incidente de revisión.

El régimen puede ser impulsado por cualquier interesado y de legge lata es obligatorio en todos los casos, sin perjuicio de la facultad del magistrado de simplificarlo sin eludir las publicaciones.

De legge ferenda se propone regular un procedimiento extrajudicial y mucho más sencillo para sociedades en las que al menos a priori no hay conflicto, y bajo responsabilidad solidaria e ilimitada de todos aquellos que lo han impulsado respecto de terceros excluidos del mismo.

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

DERECHO CONCURSAL

dyd
eBooks

CAPÍTULO 3

DERECHO CONCURSAL

§ 3.1 Crisis empresarial por causas extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la empresa.

Por Fernando Javier Marcos. Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

Frente a una situación de excepción como la que ha provocado la pandemia causada por el coronavirus (Covid 19), es necesario que el Congreso de la Nación sancionen normas transitorias y adecuadas para enfrentar la grave crisis patrimonial que el actual estado de cosas está generando en las empresas de nuestro país, el cual ha dejado a gran parte de las compañías, principalmente pymes, en un verdadero estado de cesación de pagos y, por lo tanto, en zona de riesgo de quiebra. Se impone, por lo tanto, dictar una ley de excepción que modifique transitoriamente la ley de 24.522, con el fin de sortear esta crisis, causada por un evento como la mencionada pandemia, totalmente imprevisible, extraordinario, sobreviniente, inevitable y ajeno a las partes de cualquier vínculo obligacional, sea este de naturaleza individual o colectivo. De lege ferenda: Entre otras medidas posibles, se sugiere: suspender los pedidos de quiebra directa e indirecta a pedidos de los acreedores; la suspensión de los intereses de todas los créditos concursales o, en su caso, limitarlos en todos los casos a la tasa pasiva; suspensión de las ejecuciones de créditos concursales que posean garantías reales; extender los plazos del período de exclusividad para permitir a los concursados reformular sus propuestas y renegociar con sus acreedores; la necesaria exclusión de los acreedores

fiscales de la votación de las propuestas de acuerdos; permitir la reformulación de los acuerdos homologados y su nueva negociación, y suspender la inhibición del artículo 59 último párrafo de la ley 24.522 para presentarse a concurso preventivo, entre otras medidas posibles.Todo ello, durante un período razonable que contemple el inicio del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto DNU 297/2020 y sus modificatorios, hasta un plazo no menor a seis meses posteriores al reinicio de la plena actividad económica en el país. De lege lata: Sin perjuicio de lo expuesto, se considera que la reformulación y renegociación de los acuerdos preventivos homologados es posible en la medida que se den los requisitos previstos por los artículos 955, 956, 1730 y 1732, todos del Código Civil y Comercial, aplicables a la materia concursal, si se efectúa una interpretación razonable y finalista de los textos legales, particularmente en este marco excepcional (conf. artículos 1º, 2º y 3º de dicho Código).

§ 3.1 La pandemia, la crisis y las propuestas de reforma

1. Frente a una situación de especialmente extraordinaria y definitivamente imprevisible como la pandemia provocada por el COVID 19 y sus nefastas consecuencias, especialmente para la vida y la salud de las personas, es una obviedad señalar que las soluciones o propuestas deben tener el mismo carácter, es decir, ser especiales y pensadas para superar el actual y complejísimo estado de cosas, atento a que las reglas previstas por nuestro sistema legal para atender la celebración, ejecución y cumplimiento de las obligaciones en general, y de los contratos en particular, por sus alcances y presupuestos considerados por el legislador para su dictado, resultan totalmente insuficientes o inadecuadas.

Para ir al grano, el impacto de toda esta excepcional realidad que nos toca transitar a todos —porque más allá de la medida y de los con diversos efectos que la pandemia provoca, nadie queda ajeno a ella—, ha encontrado en la economía planetaria el otro lugar común donde golpear; y de qué manera.

Por ser un fenómeno no localizado sino “globalizado”, tampoco

se parece a ninguna de las periódicas "crisis" que habitualmente enfrentamos en nuestro país, cuya sucesión es casi tan regular, que estas han perdido el carácter de extraordinarias y, menos aún, de imprevisibles.

La cuestión es que las particularidades de la que se ha presentado en este año 2020, que, sin lugar a dudas y con sus agravantes, en lo que respecta a la República Argentina, se origina en la misma "masa madre" —si se me permite una expresión de moda en estos tiempos donde el encierro ha transformado en cuasi panaderos aficionados a muchos argentinos aislados—, es precisamente su "globalización", por lo que esta vez no vamos a encontrar un mundo esperándonos para hacer negocios como en otros tiempos, sino a uno más o menos golpeado, tratando de hacerlos, pero primero, intentando acomodar sus propias economías internas.

Pues bien, en lo que nos toca, o sea, en la temática de la crisis patrimonial generalizada que caracteriza nuestra insolvencia, todavía las cosas no han comenzado a mostrar todos sus costados, en gran medida porque el sistema de justicia está virtualmente paralizado, dado que su margen de actuación al momento de escribir estas pocas líneas —el Día de la Bandera— está limitado a aquellos asuntos urgentes o que no admitan demora. Esto significa que el "control de daños", apenas si ha comenzado a tres meses de iniciada la cuarentena.

Claro, las crisis empresariales en Argentina han sido y son tan comunes que muy pocos las visualizan por lo que estas representan en los hechos, es decir, "crisis", que por ser tales exigen de un tratamiento mucho más que urgente que el que reciben.

Sin embargo, nuestro Congreso Nacional se debate en temas tan trascendentes para este momento como trabar el funcionamiento de la ley de SAS, o en tratar otras cuestiones tales como qué se hace con lo actuado en función del groseramente inconstitucional DNU[200] que dispuso la intervención de una firma que estaba y está sujeta a la jurisdicción del juez concursal, tal como lo mandan la

200 Decreto DNU nº 522/2020 dictado en el marco de los artículos 57, 59 y 60 de la Ley de Expropiaciones nº 21.499, que dispuso la intervención temporánea anormal de la firma Vicentín S A.I.C.

Constitución de la Nación y las de Concursos y Quiebras, particularmente mencionada por nuestra Carta Magna en su artículo 75 inciso 12. ¿Será por algo?

Pero respecto a "lo urgente", estamos en veremos.

Pareciera que esa solución y las propuestas también extraordinarias —pues, como lo adelanté, los remedios habituales y previstos por el ordenamiento jurídico para lo habitual no alcanzan— que los habitantes de la República Argentina están reclamando y esperando, no son prioridad para muchos de nuestros legisladores, quienes parecen no haber tomado nota —por su parsimonia y cansino accionar— de la gravedad de las circunstancias.

En fin, el tema es que nos encontramos en medio de un verdadero problema, donde el Estado, incluso, decide por decreto que las normas previstas para los casos excepcionales de fuerza mayor en las relaciones laborales no se pueden invocar para enfrentar las situaciones que tales normas regulan[201], como si los empresarios se dedicaran a suspender o a despedir trabajadores por deportes, y como si los empleos genuinos se pudieran sostener por arte de magia y sin recursos. Pero esa es nuestra Argentina.

2. Dicho esto, propongo que urgentemente se tomen algunas medidas concretas y transitorias para impedir que una vez reactivada en pleno la actividad judicial en la Provincia de Buenos Aires y en la Capital Federal las cosas no pasen a mayores y se pueda paliar en la medida de lo posible, los graves daño que se deriven de esta pandemia y sus efectos.

Las ideas que se sugieren aquí no son para nada novedosas e, incluso, se encuentran varias de ellas plasmadas en diversos anteproyectos ya presentados en el Congreso y en diversas propuestas que se vienen trabajando, entre los que se encuentra el elaborado por el grupo denominado "El Arca"[202] conformado por destacados especialistas.

Entre algunas medidas posibles se pueden mencionar:

201 Decretos DNU 329/2020 y 487/2020.
202 https://elarcapress.wordpress.com/subite-a-el-arca/

- La suspensión de los pedidos de quiebra directa e indirecta a pedidos de los acreedores.
- La suspensión de los intereses de todos los créditos concursales o, en su caso, limitarlos en todos los casos a la tasa pasiva.
- Suspensión de las ejecuciones de créditos concursales que posean garantías reales.
- Disponer la extensión obligatoria de los plazos del período de exclusividad para permitir a los concursados reformular sus propuestas y renegociar con sus acreedores cuando el concursado lo solicite.
- La necesaria exclusión de los acreedores fiscales de la votación de las propuestas de acuerdos.
- Permitir la reformulación de los acuerdos preventivos ya homologados y su nueva negociación.
- Suspender la inhibición del artículo 59 último párrafo de la ley 24.522 para presentarse a concurso preventivo, entre otras medidas posibles.

Todas estas medidas, como tantas otras posibles que están circulando en los medios especializados, están dirigidas a impedir que estas circunstancias extraordinarias que se vienen analizando, no queden bajo los alcances de reglas previstas para abordar la insolvencia cuando la economía en general se encuentra en condiciones más o menos normales o frente a crisis distintas de la actual (2020), caracterizada precisamente por ser extraordinaria, imprevisible, inevitable, sobreviniente, y que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones por causas objetivas —pandemia— absolutamente no imputables al obligado.

Se busca con ello, ganar algún tiempo que permita a los deudores que antes de estos hechos se encontraban in bonis o ya transitando su concurso —para el caso da igual—, acomodarse una vez que concluyan las restricciones y la actividad económica comience, recuperación que las características de este proceso esta vez va a ser una lenta y trabajosa, y que va a requerir de la mayor cantidad

de organizaciones —empresas— razonablemente viables en pie para recomenzar.

Es evidente que nadie podía prever durante el año 2019 y los primeros meses del 2020, que directamente no se iba a poder trabajar, algo totalmente inédito e también indigerible en términos económicos, especialmente para el sector de la pequeña y la mediana empresa, que es el más vulnerable porque no tienen las espaldas de las grandes corporaciones y es muy —o casi— dependiente de flujo de caja, el cual se vio abruptamente interrumpido, y en muchos casos no pudieron realizar actividad alguna; totalmente.

Ahora bien, precisamente ante la imposibilidad razonable de prever algo como una pandemia, especialmente cuando nadie puede hacerlo —es lo que define de alguna manera a la "causa ajena"—, el derecho libera de responsabilidad al deudor que se ve impedido, definitiva o temporalmente, de cumplir con sus obligaciones, en la medida que este no se encuentre en mora al momento en que el hecho extraordinario tiene lugar.

Esto tiene lógica, porque si bien prevén la posibilidad de eventos o hechos extraordinarios e imprevisibles —para eso está el caso fortuito y la fuerza mayor—, tales herramientas no están pensadas para un caso donde esas circunstancias especialísimas afectan a todas las personas a la vez, tal como ocurre en la actualidad, donde ese "todas las personas" es igual al planeta.

No obstante, si no se aplica un criterio similar al comentado en los párrafos anteriores para una situación tan particular como la que estamos viviendo, las cosas se van a complicar aún más.

De allí la necesidad de normas particulares que, tal como se adelantó, deben durar el tiempo necesario para permitir la recuperación y recomposición patrimonial a través de la renegociación de los pasivos, entre otras alternativas, pero no más.

Nótese que si bien el Estado ha brindado ciertas ayudas que han resultado útiles, lo cierto es que muchas empresas que han permanecido cerradas —la mayoría de las que ha seguido funcionando lo ha hecho al 30 % o 50 % en el mejor de los casos— y no han podido generar recursos de ninguna especie o muy escasos, ni siquiera han

podido abonar la diferencia de haberes a su cargo para completar los montos pactados en diversos acuerdos sectoriales amparados bajo un artículo 223 bis de la ley 20.744 aplicado sui generis, pactados con los sindicatos pero que dejaron en manos de cada trabajador —lógico porque es un acuerdo de partes sobre aspectos de derecho individual y no colectivo— aceptar o no convenido.

En fin, reitero, la idea es permitir renegociar, reacomodarse, ganar tiempo y evitar lo peor que es la quiebra, donde todos pierden; todos, sin excepción.

3. Hice mención en párrafos precedentes que por encontraban su origen en una situación de excepción las medidas propuestas debían ser transitorias, o sea, estar pensadas y ordenadas solo a tratar de sortear el problema que enfrentamos como consecuencia de la pandemia.

Esto no impide advertir que algunas de esas sugerencias podrían ser útiles siempre —por ejemplo, la limitación de las tasas de interés, la exclusión de voto de los acreedores fiscales, etc., pero la urgencia hace que no se cuente con el tiempo adecuado que una reforma exige.

Entiendo que no es prudente en estos momentos de incertidumbre, donde lo que precisamente existe es imprevisibilidad, conmoción, inestabilidad y ausencia de toda certeza sobre lo que se puede y lo que se quiere, aprovechar para tratar proyectos de reforma más trascendentes. Para eso habrá tiempo ya.

Por el momento, es imperioso atender la urgencia y evitar el colapso de nuestro sistema económico y una mayor pérdida de puestos de trabajo con todo lo que ello implica.

Es definitivamente necesario sostener y apoyar realmente a nuestras empresas —en su gran mayoría pymes—, no aumentando el endeudamiento tributario y financiero con préstamos —aunque sea a tasas subsidiadas—, para que aquellas que exhiban una aceptable viabilidad —difícil de definir en estos tiempos— puedan conservar su actividad y, con ella, los empleos, que de por sí van a ser escasos el día después de esta cuarentena.

§ 3.1.2 La fuerza mayor y su aplicación inmediata

Finalmente, no obstante, lo expuesto con anterioridad, considero que tanto la extensión de los plazos del período de exclusividad, pero principalmente, la reformulación y renegociación de los acuerdos preventivos homologados, es posible es posible en la actualidad y sin que medio una reforma legal.

Es indudable que las restricciones impuestas por el aislamiento dispuesto por el Gobierno federal por razones sanitarias, que en muchos casos ha significado la paralización total de muchas actividades comerciales, industriales y de servicios desde el 20 de marzo del corriente año[203], representa una clarísima causa de fuerza mayor que, en numerosos casos, ha significado la imposibilidad de obtener ingresos para afrontar las obligaciones asumidas y aquellas impuestas por la legislación vigente (tributaria, laboral, etc.).

Como se sabe, al igual que lo hacían los artículos 513 y 514 del Código de Vélez, el Código Civil y Comercial en su artículo 1730, dispone, que "[s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario".

No solo la imposibilidad de realizar actividad es la única causa de fuerza mayor, pues muchos comerciantes, empresarios y profesionales que han podido continuar trabajando, han visto mermar sus ingresos de manera alarmante, porque sus clientes también están seriamente afectados y también facturan menos.

Es un círculo por demás vicioso, que se retroalimenta para mal y que cada vez lo complica más todo.

Se podrá decir que uno de los requisitos de admisibilidad para la invocación del casus es que el deudor no se encuentre en mora, situación en la que, en principio, no se encontraría el deudor concursado (in malis).

Sin embargo, en el supuesto que he mencionado —acuerdos preventivos homologados— las cosas no son así, pues los efectos

203 Decreto DNU 297/2020.

novatorios que producen dicha homologación causa la extinción de las obligaciones originarias las que son reemplazadas por nuevas obligaciones cuya fuente es ahora el acuerdo preventivo.

Siendo así, la aprobación de dicho acuerdo por el juez concursal y los efectos que del mismo emanan (artículo 55, ley 24.522), también hacen cesar los efectos de la mora anterior a causa de la renegociación de los pasivos que contiene dicho acuerdo.

Aclarado este importante punto, se debe tener presente que la fuerza mayor en este caso, posee los caracteres de ser un hecho extraordinario, imprevisible, sobreviniente, y ajeno a las partes,[204] aspecto este último junto con la insuperabilidad[205] del evento impeditivo, componen los requisitos de su admisibilidad para que el incumplimiento no sea imputable al deudor e interrumpa el nexo de causalidad.

No se trata de falta de culpa —cuando la imputabilidad es subjetiva—, sino que "la causa del incumplimiento es el hecho fortuito y no la negligencia del deudor"[206]. Y cuando la imputabilidad es objetiva, la fuerza mayor opera directamente interrumpiendo el nexo de causalidad.

Naturalmente que el solo invocar la pandemia, o la prohibición del Gobierno federal para realizar actividad económica, aunque califiquen como fuerza mayor in re ipsa no alcanzan por sí solas para para neutralizar la responsabilidad, pues el hecho en cuestión, desde la perspectiva de la causalidad adecuada, debe representar la causa material de la no realización de la prestación debida —es decir, del incumplimiento de la obligación— que obsta al nacimiento de responsabilidad en cabeza del deudor[207].

Ese hecho que constituye el caso fortuito o la fuerza mayor —

204 OSSOLA, Federico A., *Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, p. 776 y ss.; ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., Derecho *de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 353 y ss.; BORDA, Alejandro, *Derecho Civil y Comercial – Obligaciones*, Alejandro Borda y Fernando Alfredo Ubiría (autores del capítulo), Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, p. 393 y ss.
205 ALTERINI, A. A.., AMEAL, O. J., LÓPEZ CABANA, R. M., *op. cit.*, p. 359.
206 *Ibídem*, p. 357.
207 OSSOLA, F. A., *op. cit.*, p. 777.

conceptos asimilados en nuestro Código Civil y Comercial, aunque ontológicamente no son lo mismo[208]— y que en el supuesto bajo estudio pudo haber provocado la caída grosera o total de facturación, la imposibilidad de obtener recursos en forma alarmante a causa de la no realización de tareas por no ser una actividad esencial (Decreto DNU 297/2020 y sus mod.), el cambio abrupto de las condiciones de contratación y de cumplimiento de los propios clientes, el corte de la cadena de pagos, entre otras; debe ser la causa material —causa adecuada— del incumplimiento o del inminente cumplimiento cuando están por vencer, por ejemplo, cuotas concordatarias.

De otra forma no opera la exclusión de responsabilidad y el deudor cae en incumplimiento imputable.

Por su parte, además del artículo 1730 del Código ya citada, diversos preceptos se ocupan de la problemática de la imposibilidad de cumplimiento.

Así, el artículo 955 del Código Civil y Comercial al tratar la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones, la define como aquella "imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

Luego, en el artículo siguiente se refiere a la imposibilidad temporaria. Esta imposibilidad, cuando es "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 de modo irreversible" (artículo 956 CCyCo).

Por último, se complementan estas normas con la que contiene el artículo 1732 del Código Civil y Comercial, donde se dispone que "[e]l deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibili-

208 LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, LA LEY, 29/04/2015, Cita Online: AR/DOC/1264/2015

VOLVER A ÍNDICE

dad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos".

Todos estos preceptos, adecuadamente interpretados y aplicados (artículos 1º, 2º y 3º del CCyCo), se transforman en alternativas útiles y válidas a las que se puede acudir para dar cauce a situaciones que no dudo se van a presentar —ya se están presentando—, porque los acuerdos homologados en curso de ejecución se pueden ver seriamente afectados en su cumplimiento, precisamente por las circunstancias apuntadas, pues se propusieron y votaron previendo un escenario que para nada se parece al que actualmente existe.

Obviamente que, tal como fue adelantado, si bien no exigirá mayores esfuerzos caracterizar a los hechos que se vienen considerando como supuestos de fuerza mayor, en cambio, sí se deberá demostrar —insisto en ello para no fracasar en el intento—, en cada caso concreto, que aquellos eventos extraordinarios son la causa material —causa adecuada— del incumplimiento, para permitir en estos casos, reformular vencimientos hasta tanto desaparezcan la imposibilidad temporal de cumplir lo acordado y homologado.

En síntesis, frente a este panorama, no admitir estas salidas excepcionales y en casos puntuales donde resulta necesario para evitar la quiebra, generaría consecuencias no deseadas y no previstas por la ley concursal, pues cuando esta decide quebrar a quien no cumple con un acuerdo (artículo 63 ley 24.522) tiene en cuenta otros escenarios que nada tienen que ver con la que viene produciendo esta pandemia.

§ 3.1.3 Conclusiones

Para finalizar, sería absurdo creer que la crisis argentina es culpa de un virus dañino e inoportuno. No seríamos justos con este intruso viral que ha complicado el mundo más de la cuenta, y también ha servido para distraernos de muchas cosas importantes. Siempre a lo malo alguno le saca provecho.

En rigor de verdad, este "mal bicho" nos ha complicado más la

vida, pero también hizo que quedaran a la luz muchos de nuestros groseros defectos como país. Uno de ellos, es la responsabilidad del Estado corrupto, prebendario y gastador compulsivo que fagocita cualquier rentabilidad genuina que generan los que de verdad trabajan.

Pero parece que esto nos vienen en los genes. Si no, lean lo que Juan Bautista Alberdi escribió y que no ha perdido actualidad, que transcribo porque no tienen desperdicio: "Hasta el peor enemigo de la riqueza del país ha sido la riqueza del Fisco. Debemos al antiguo régimen colonial el legado de este error fundamental de su economía española. Somos países de complexión fiscal, pueblos organizados para producir rentas reales. Simples tributarios o colonos, por espacio de tres siglos, somos hasta hoy la obra de ese antecedente, que tiene más poder que nuestras constituciones escritas. Después de ser máquinas del fisco español, hemos pasado a serlo del fisco nacional; he aquí toda la diferencia. Después de ser colonos de España, lo hemos sido de nuestros gobiernos patrios: siempre estados fiscales, siempre máquinas serviles de renta, que jamás llegan, porque la miseria y el atraso nada pueden redituar.

El sistema económico de la Constitución argentina hiere de muerte a este principio de nuestro antiguo y moderno aniquilamiento, colocando la Nación primero que el gobierno, la riqueza pública antes que la riqueza fiscal. Pero en economía, más que en otro ramo, es nada consagrar el principio; lo que más importa, lo más arduo es ponerlo en ejecución. No se aniquila un régimen por decreto, aunque sea constitucional, sino por la acción lenta de otro nuevo, cuya creación cuesta el tiempo mismo que costó la formación del malo, y michas veces más, porque el destruir uy olvidar es otro trabajo anterior. El moderno régimen está en nuestros corazones, pero el colonial está en nuestros hábitos, más poderoso de ordinario que el deseo abstracto de lo mejor".[209]

Esta perversa dinámica fiscal de la que nunca hemos salido y que nos persigue desde antes de los comienzos de nuestra organización

209 ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina – Según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Ed. Librería El Foro, 1993, p.13.

VOLVER A ÍNDICE

nacional, hoy está más enraizada que nunca y es la gran responsable de la destrucción de la economía argentina; y la sigue destruyendo más que la pandemia del coronavirus.

Parafraseándolo a Alberdi, está en nuestros hábitos, lamentablemente.

¿Será el "gen argentino"?

Ciertamente, no aprendimos nada, o muy poco, por ser optimista.

§ 3.2 El "salvamento de empresas" como propuesta superadora de la cesación de pagos

Por Pablo E. Arenas[210]. Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

Se propone, de lege ferenda, la modificación del Art. 48 de la LCQ que permita la transferencia en marcha de la empresa en la instancia de concurso preventivo, cualquiera sea su sujeto titular, mediante un proceso público, transparente y con la activa participación de los acreedores en la propuesta de superación de la cesación de pagos.

§ 3.2.1 Introducción

Se plantea, en el actual contexto de crisis, un inminente y masivo concursamiento de empresas debido a la ruptura de la cadena de pagos, de producción, de actividad.

Al mismo tiempo, bien sabido es que, los objetivos de los procesos concursales se han ido modificando, desde los tiempos de la "banca rota" literal romana, de tinte sancionatorio y estigmatizante, a una visión actual donde se prioriza el "fresh start" de los deudores y su rápida reinserción en el sistema nuevamente.

Por otra parte, las finalidades de los procesos se han modificado también, quedando relegada la tradicional finalidad de protección del crédito, para empezar a ocuparse el derecho concursal de finalidades más altruistas o utópicas si se quiere. La conservación de la empresa por una parte, la conservación de los puestos de trabajo, por otra.

210 El autor es Abogado egresado de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Comercial del CALP. Jefe de Trabajos Prácticos de la Materia Sociedades Comerciales de la UDE-La Plata, Adscripto en Derecho II de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP, y Adscripto en Derecho Comercial II de la Facultad de Cs. Jurídicas y sociales de la UNLP. Actualmente maestrando en la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral.

La quiebra, la liquidación, la extinción de la empresa no resulta beneficiosa para nadie, y por ello, los enfoques modernos del derecho concursal se orientan a evitar la fase liquidatoria, introduciendo alternativas que permitan la reorganización de los pasivos y eviten la liquidación forzosa judicial.

En tal sentido, el objeto del presente trabajo consiste en proponer, de lege ferenda, la reforma del proceso previsto en el Art. 48 de la LCQ (presentado en sociedad bajo el equívoco concepto de "salvataje de empresas"), ampliando su espectro de aplicación para constituir realmente un verdadero proceso de salvamento de empresas en crisis.

El Art. 48 de la LCQ, y su ámbito de aplicación.

El Art. 48 de la LCQ, que en rigor y como se ha señalado con acierto, consiste en la "transferencia forzada de un paquete accionario"[211] posee un acotado margen de aplicación.

Por una parte, alcanza solo a los grandes concursos (Conf. Arts. 288 y 289 de la LCQ). Por otra, solo resulta aplicable en casos en los que el deudor posea una estructura societaria, y que esta estructura sea una SRL, una SA o SCA, cooperativa, o en aquellas en las que el Estado (Nación, Provincia o Municipio) sea parte.

Al mismo tiempo, desaparecida la exigencia de empresa subyacente en la actual redacción del instituto, como hemos sostenido en otro trabajo[212], no corresponde exigir la existencia de empresa o actividad empresaria, o su potencialidad, en tanto, no constituye requisito para la apertura y trámite del procedimiento establecido en el Art. 48 de la L.C.Q.

La existencia o no de empresa a salvar, en el actual Art. 48 de la LCQ resulta una cuestión tangencial, anecdótica, pues como se ha sostenido, con la empresa "en marcha o paralítica"[213], igualmente

211 DASSO, Ariel Gustavo, "El "cramdown" y la "empresa en marcha"". Publicado en: LA LEY2000D, 310. Cita Online: AR/DOC/20241/2001.
212 ARENAS, Pablo E., "La "empresa" como presupuesto de apertura del proceso de salvataje previsto en el Art. 48 de la LCQ, en relación al caso "Correo Argentino". Ponencia Libro del LXV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Pcia. de Buenos Aires, pág. 405.
213 MAFFIA, Osvaldo, "La ley de Concursos Comentada", t. I, p. 192, Ed. Depal-

el procedimiento de transferencia forzada del paquete accionario y la apertura del registro de terceros interesados debe activarse por parte de la judicatura.

Incluso pueden citarse como antecedentes los fallos "Canga SA"[214] y "Automundo SA"[215], el primero incluso antes de la reforma de la Ley 25.589 cuando se encontraba vigente la exigencia de "empresa en marcha" en el articulado de la LCQ, donde se entendió que el procedimiento de salvataje no apunta estrictamente a la enajenación de la "empresa en marcha", sino a la transferencia de las acciones representativas del capital de la sociedad anónima concursada.

Como se advierte, el proceso del Art. 48 puede enmarcarse en un proceso más bien de "salvataje" de sociedades, de estructuras, pero no necesariamente de "empresas", y de allí, la propuesta del presente trabajo.

§ 3.2.2 La transferencia de unidades productivas en el proceso concursal

Habiendo explicitado en el parágrafo anterior, el acotado margen de aplicación del proceso establecido por la LCQ en su Art. 48, resta mencionar que, la transferencia de la empresa en marcha, como tal, puede realizarse en la actualidad, en la fase liquidatoria del proceso concursal, y en este caso, esa transferencia se realiza cualquiera sea la forma que asuma el sujeto titular de la empresa.

Sin embargo, puede esta solución ser demasiado tardía, y no existir empresa que salvar en la instancia de quiebra.

La erosión del capital de trabajo, la pérdida de mercado, la depreciación de los activos mientras dura la crisis provocada por la cesación de pagos de la empresa concursada ha motivado, el planteo de la necesidad de vender las unidades productivas en marcha y en etapas iniciales del proceso concursal, a los fines

ma, 2001.
214 C.N.Com., Sala E, "Canga S.A.", del 5-8-98.
215 C.N.Com., Sala C, "Automundo S.A.", del 9-9-03.

no solo de la preservación de valor, sino también de evitar la generación de los costos que el proceso judicial, en su propio devenir, genera[216].

La idea, con origen en las ventas de activos con autorización judicial de la Sección 363 del Código del Bankruptcy Code de los Estados Unidos, presenta algunos matices.

Tomando los lineamientos de la legislación estadounidense, ARAYA propone una "interpretación amplia sobre el art. 16, LCQ, permitiendo durante la fase de concurso preventivo no solo ventas de activos individuales sino también de la mayor parte de los activos del deudor, especialmente en aquellos casos en que el transcurso del tiempo empeore la situación de la empresa, con la consiguiente pérdida para los acreedores"[217].

Sin embargo, como el propio autor reconoce, tal procedimiento, aunque presenta ventajas indudables, no está exento de peligros, tal como se menciona en el trabajo citado, pudiendo destacar entre ellos, el valor de venta a obtenerse, la necesaria justificación ante el Juez y Síndico, el riesgo de incrementar el estado de insolvencia y restar en la quiebra posterior, activos a liquidarse.

Cierto es que, la propuesta de este trabajo es distinta, por cuanto se motiva la transferencia de la "empresa" como unidad, y no de algún o algunos activos que la componen.

Por ello, el encuadre dentro de una moción de reforma del Art. 48 luce, en la interpretación del autor, más acorde.

216 En tal sentido se ha expresado: *"Terminaremos entonces con una empresa "zombi" en concurso preventivo, que sólo espera el vencimiento de los plazos para avanzar hacia la declaración de quiebra y el inicio de la liquidación de bienes, a fin de distribuir los resultados entre los acreedores concurrentes de conformidad con las prioridades legales. Claro que, en el transcurrir de ese proceso, se habrá perdido gran parte del valor de la empresa en marcha y se habrán generado gastos de administración de justicia que tendrán preferencia de pago respecto de aquellos acreedores concursales que habían aceptado financiar a la empresa antes de la presentación concursal e incluso durante la etapa del concurso"*. ARAYA, Tomás M., "Venta de activos o empresas en crisis en el derecho argentino". Publicado en: LA LEY 16/05/2019, 16/05/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/1404/2019.

217 ARAYA, Tomás M., "Venta de activos…", op cit.

Las ventajas de ampliar el ámbito de aplicación del Art. 48 supone:

- Realizar la transferencia en un marco de mayor publicidad y abierto a la participación de cualquier tercero interesado.
- Un adecuado ámbito de transparencia en la valuación de los activos a enajenarse.
- Fundamentalmente, la participación de los acreedores en el proceso, y la eventual superación del estado de cesación de pagos.

§ 3.2.3 La propuesta de salvamento de empresas como conclusión

Salvataje y salvamento parecieran lo mismo, pero son cuestiones distintas.

Según la RAE, la noción de "salvataje" se puede definir como "salvamento" o acción de salvar. Por otra parte, "salvamento", para la RAE no solo contempla la noción de "salvarse" sino que además incorpora el concepto de un "peligro" inminente, y en su uso se asocia generalmente a rescates y acciones practicadas en el marco de catástrofes, calamidades o desastres.

A la luz de los acontecimientos, el salvamento de empresas parece lo más apropiado para los tiempos que corren.

Por otra parte, la presente propuesta de modificación del Art. 48 no solo consiste en ampliar el ámbito de aplicación del instituto para convertirlo en un verdadero proceso de "salvataje de empresas", sino que redunda además en una mayor participación de los acreedores en el proceso, en tiempos en los que se reclama la flexibilización de los procesos concursales y se pide otorgar mayores facilidades al deudor concursado, por un lado, mientras que por otro se observa la cada vez más exigua participación de los acreedores en el proceso, a tal punto que bien merece preguntarnos: el concurso, ¿sigue siendo de acreedores?.

Por todo ello, es que se propone la modificación del Art. 48 de

la LCQ que permita la transferencia en marcha de la empresa en la instancia de concurso preventivo, sea cual sea su sujeto titular mediante un proceso público, transparente y con la activa participación de los acreedores en la propuesta de superación de la cesación de pagos.

§ 3.3 Vulnerabilidad empresaria e insolvencia: un reto para los abogados

Por Patricia I. D'Albano Torres. Colegio de Abogados de San Martin

PONENCIA

La situación actual exige, como ninguna antes, una aceleración en la adopción de un servicio jurídico distinto a lo que tradicionalmente veníamos haciendo hasta pocos meses atrás. No podemos exponer la vulnerabilidad de las empresas en crisis a remedios tradicionales ni su aplicación en la forma tradicional. Debemos empezar por el Estudio para continuar por el cliente. La insolvencia o la crisis de la empresa no pueden ser hoy manejada de la misma manera que veníamos haciendo. Pretender cambiar la ley sin antes cambiar en el servicio profesional prestado y en los distintos enfoques de la "nueva normalidad" sería de resultado cero. Y en esto tenemos, los abogados, un papel fundamental.

§ 3.3.1 Introducción

Siempre se sostiene que "la preparación es clave para el éxito futuro; al construir sobre lo que hemos aprendido al implementar un trabajo más ágil e inteligente, todos tenemos la oportunidad de crear nuevas oportunidades". Debemos tener en cuenta que el resultado de esta situación de excepción instaurada por la Pandemia, aparecerá un nuevo cliente, con hábitos diferentes y cambiantes, más adaptado a las nuevas maneras de trabajar, y el que no se verá urgido por hacerlo. Lo mismo sucederá con los proveedores y consumidores de los clientes. Los acuerdos de nivel de servicio deberán revisarse, al igual que los presupuestos, pronósticos, estrategias de marketing, objetivos y planes de negocios a corto y largo plazo.

Esto coloca a los abogados en una posición clave como asesores jurídicos de la empresa, sea esta desarrollada como una organi-

VOLVER A ÍNDICE

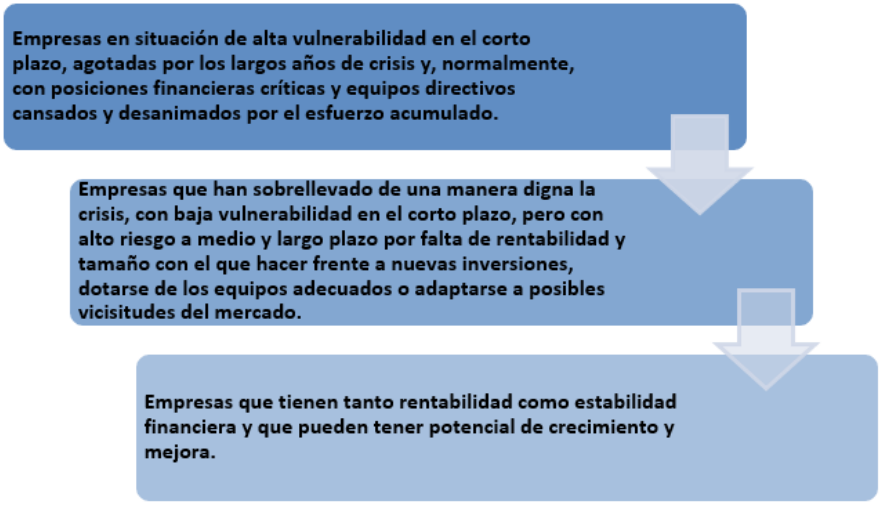
zación unipersonal no persona jurídica o como persona jurídica. Especialmente, cuando nuestro trabajo tenga que realizarse a los fines de establecer en cuál etapa de crisis económico financiera se encuentra el cliente y analizar el grado de insolvencia en que se encuentra, si es el caso, para asesorar las herramientas y soluciones que el derecho proporciona.

Por este motivo, debemos estar preparados para realizar planes de contingencia para nuestros clientes, siendo necesario un análisis de la situación del cliente a través del trabajo interdisciplinario (Contador, Ingeniero en Seguridad del Trabajo, Recursos humanos, etc.) y contar con distintos enfoques como los de la empresa, los trabajadores, y sus modalidades de funcionamiento. De esta manera podremos determinar la vulnerabilidad de la empresa para poder ensayar distintos planes de contingencia o modelos de negocios como vimos en el módulo anterior y que más adelante lo verán con profundidad.

§ 3.3.2 Vulnerabilidad Empresaria

Vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable y vulnerable es el susceptible de ser lastimado o herido, ya sea física o moralmente. El concepto puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Tanto las personas humanas como las jurídicas y las empresas tienen vulnerabilidad.

En un entorno económico difícil como el presente, existe gran cantidad de PYMES que carecen de recursos internos y apoyos externos suficientes para afrontar las diferentes situaciones, en las que se pueden encontrar:



Se sostiene que "la preparación es clave para el éxito futuro; al construir sobre lo que hemos aprendido al implementar un trabajo más ágil e inteligente, todos tenemos la oportunidad de crear nuevas oportunidades". Debemos tener en cuenta que el resultado de esta situación de excepción instaurada por la Pandemia, aparecerá un nuevo cliente, con hábitos diferentes y cambiantes, más adaptado a las nuevas maneras de trabajar, y el que no se verá urgido por hacerlo. Lo mismo sucederá con los proveedores y consumidores de los clientes. Los acuerdos de nivel de servicio deberán revisarse, al igual que los presupuestos, pronósticos, estrategias de marketing, objetivos y planes de negocios a corto y largo plazo.

Por este motivo, debemos estar preparados para realizar planes de contingencia para nuestros clientes, siendo necesario un análisis de la situación del cliente a través del trabajo interdisciplinario (Contador, Ingeniero en Seguridad del Trabajo, Recursos humanos, etc.) y contar con distintos enfoques como los de la empresa, los trabajadores, y sus modalidades de funcionamiento. De esta manera podremos determinar la vulnerabilidad de la empresa para poder ensayar distintos planes de contingencia o modelos de negocios.

§ 3.3.3 Reto para los Abogados

Para poder realizar el análisis de nuestros clientes y realizar el mejor asesoramiento posible, es necesario que partamos del propio servicio y capacidad para prestarlo, pues un análisis similar lo haremos con la empresa delo cliente.

Ser el asesor jurídico de la empresa exige del profesional una formación integral sobre el funcionamiento empresarial para formar un criterio de toma de decisiones que apoyen y guíen al cliente. Esto implica que el punto de partida debe ser encarado desde la adaptación del estudio jurídico y la adaptación personal a los cambios constantes de la realidad del cliente.

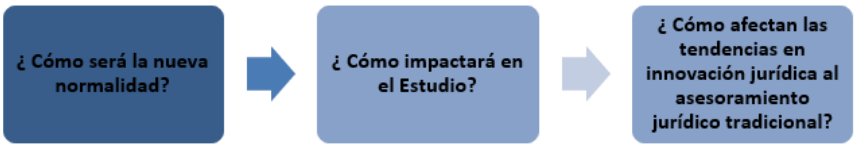
Se marcan como ***funciones generales***, entre otras, del asesor jurídico de PyMes a:

- Asesora en la constitución, gestión y disolución de cualquier tipo de sociedad comercial o asociaciones y/p contratos de colaboración empresaria, y al igual, en la elaboración de actas de asamblea, directorio o reunión de socios
- Defiende los intereses de la empresa en todo tipo de procedimientos judiciales, arbitrales y de consumo.
- Estudia y resuelve los problemas legales relacionados con la empresa, sus contratos, convenios y normas.
- Emite informes sobre las distintas áreas de la organización y las asesora en temas de su competencia.
- Negocia y redacta contratos.
- Orienta en materia fiscal y administrativa, dando contestación a requerimientos de autoridades en participación con otras áreas.
- Instruye en torno a la gestión de derechos en materia de propiedad intelectual e industrial.
- Interviene en todo tipo de negociaciones laborales.
- Aconseja en materia de derecho empresarial y de crisis

De manera que, los continuos cambios legislativos sitúan al asesor jurídico como una figura vital en la organización, ya que informa continuamente de las modificaciones y de cómo éstas afectan a la empresa, además de facilitar el trabajo, orientar las acciones a desarrollar en el marco legal y evitar que la empresa tenga que enfrentar situaciones negativas. Para el cliente significa tener en su equipo a una persona que reconoce los problemas del negocio, las políticas internas de la empresa y visualiza los principales focos de riesgos o inconvenientes.

Ello así pues dicho asesoramiento no se circunscribe a una sola área, por ejemplo laboral, sino que abarca el criterio jurídico en todas las áreas que involucran el funcionamiento de la empresa. Significa, por lo tanto, que la formación del abogado asesor requiere una gran formación e información global sobre la realidad del cliente y sus requerimientos a los fines de tener la idea real del cliente para acompañarlo en la toma de decisiones.

Para lograr el objetivo y ante la "nueva normalidad" y las necesidades urgentes hasta las menos urgentes, se debe partir, como dijéramos, de tomar acciones urgentes de organización jurídica dentro del propio Estudio. El análisis interno es similar al que después haremos con el cliente. Así surgen preguntas que nos debemos hacer como:



Se utilizan los términos "nueva normalidad" para referirse a la idea de que todos tendremos que prepararnos para un cambio en la vida cotidiana durante mucho tiempo debido a la presente pandemia. Circunstancia que, en nuestro país, ha desencadenado la aceleración de la innovación tecnológica y su utilización, no solamente por parte de expertos, sino por parte de todos y en todos los ámbitos.

Por supuesto, nosotros no estamos excluidos ya que también va a cambiar nuestra manera de trabajar.

Por lo que en nuestro Estudio debemos realizar un análisis siguiendo el "modelo de negocio" de Alexander Osterwalder's Business Model Canvas. La idea es recopilar, de forma visual y muy sencilla, todos los elementos que deben estar presentes en en el Estudio para que éste no sólo genere valor, sino que lo entregue a otros y se beneficie de ello. Si bien un sistema de análisis similar lo vamos a aplicar a las empresas de nuestros clientes, podemos ensayarlo en nuestro propio estudio. Los puntos clave a analizar son:

El bloque que primero se debe definir es el **SEGMENTO DE CLIENTES**. ¿Quiénes son nuestros clientes y por qué motivo nos van a contratar? ¿A quién le vamos a entregar valor? ¿Cuál es el perfil de nuestros antiguos clientes?

Respecto a la **PROPUESTA DE VALOR**: ¿Qué problema se está solucionando? ¿Qué beneficio se está creando? y ¿qué percibe como valor el cliente? A los clientes no les importa la tecnología que empleemos: les importa que les solucionemos sus problemas o satisfagamos sus necesidades, que les hagamos la vida más fácil. **Las propuestas de valor tienen que estar relacionadas directamente con cada segmento de clientes**. ¿Por qué van a contratar nuestros servicios y no el de otro colega?

En lo que se refiere a **RELACIONES CON LOS CLIENTES** demos preguntarnos ¿Cómo vamos a captar a los clientes? ¿Dónde será más posible encontrarlos? Utilizando los diferentes canales, nos acercaremos a los clientes para captarlos. Una vez conseguidos,

tenemos que buscar la manera de que no se vayan y averiguar sus necesidades para que sigan con nuestros servicios.

En los **CANALES DE COMUNICACIÓN** nos planteamos ¿Cómo llega el servicio a los clientes? ¿Cómo vamos a entregarles a nuestros clientes nuestra propuesta de valor? Pueden ser tanto canales físicos como virtuales. Puede ser de forma directa o con intermediarios.

En cuanto a las **FUENTES DE INGRESOS** debemos saber ¿Cuánto están dispuestos a pagar nuestros clientes? ¿Por qué valor está pagando el cliente? ¿Qué estrategia vamos a usar para captar ese valor? La única manera de conocerlo es interactuando con una gran cantidad de posibles clientes. Lo ideal es que sean cara a cara, pero en tiempos de Pandemia por las vías posibles, si a un potencial cliente se le va a resolver su problema, seguro que está dispuesto a concedernos tiempo para esa videollamada o ese café.

En las **ACTIVIDADES CLAVE**, demos plantearnos: ¿Cuáles son las principales actividades que debemos tener para que su modelo de negocio funcione?

Respecto a los **RECURSOS CLAVE** nos preguntamos ¿Qué necesitamos? ¿Cuáles son los activos necesarios para que tu modelo funcione? Un ejemplo es pensar en recursos físicos, humanos o intelectuales, además de los financieros. Analizar las necesidades básicas para de capital, lugar, técnicos, acuerdos, etc.

SOCIOS Y PROVEEDORES: Es importante el concepto de asociaciones. Pero hay que dejar muy claro los compromisos de las dos partes. Se pueden establecer alianzas puntuales en ciertos momentos, pero no debe ser una prioridad inicial. Por eso es importante salir de la oficina y enterarse de cómo trabajan en otros escenarios. Lo mejor que puedes hacer a la hora de establecer esas conexiones y alianzas clave es pensar cómo se pueden beneficiar mutuamente.

En relación a los **COSTOS**, nos preguntamos: ¿Cuáles son los costos inherentes a nuestro modelo? Lo interesante de los costos no son los obvios: personal, edificios, material, etc., sino cuáles son los costos totales necesarios. Hay que buscar respuesta a las preguntas: ¿Cuáles son los gastos más importantes al crearlo? ¿Cuáles son los recursos clave? ¿Cuáles son las actividades más importantes y necesarias? Ahí surgirán las típicas preguntas: ¿Cuáles son los gastos fijos? ¿Y los gastos variables? Este modelo va a variar según la

experiencia que se vaya teniendo al andar.

§ 3.3.4 Insolvencia

El estado de insolvencia de la empresa surge de distintas etapas en la vida de ella. Primero debemos hacer un análisis similar al que hicimos para el Estudio pero profundizando en cada tópico para establecer la real vulnerabilidad de la empresa general y las particulares de cada sector. Necesario es capacitarnos para poder realizarlo para desarrollar conceptos e instrumentos como blockchain, Smart contracts, echeq, factura de crédito electrónica, fintechs, firma electrónica y firma digital, etc. por un lado. Por el otro, conceptos de gestión empresarial, contables, seguridad, mercado, etc. Para prevenir, remediar vulnerabilidades y evitar la mayor de ella, la insolvencia. Si, a pesar de ello, debemos considerar una herramienta complementaria, hasta que se supere la crisis empresaria, como lo es el concurso preventivo, debemos realizar un análisis del real efecto sobre la empresa para que se convierta, junto a la implementación de otras herramientas de superación, en una respuesta efectiva.

Como dijéramos en ponencias anteriores, la realidad ha demostrado que cada proceso concursal requiere una solución distinta y, por ende, un distinto tratamiento en sus conceptos, requisitos y procedimientos. Los fracasos del sistema concursal en el logro de sus objetivos, no solo está dado en la conducta de los sujetos (abuso de los deudores, abuso de los acreedores, funcionamiento de la justicia, políticas económicas, escasa respuesta de organismos, inexistencia de un sistema eficiente general de acompañamiento a la solución de la crisis, etc.), sino, principalmente, por contar con una ley concursal limitada que no responde a las necesidades de las crisis económica-financieras actuales ni a la realidad de cada colectivo de deudores. Aceptando ello, en la materia que nos ocupa, por supuesto, debemos partir del concepto ampliamente debatido por la jurisprudencia y la doctrina –y nunca determinado por la ley– como lo es el del “estado de cesación de pagos”. Ahora bien, más allá de ello, es necesario que nuestra legislación determine cuál ese ”estado” en el concurso preventivo y cuál es ese estado en la quiebra, pues, sabemos que son distintos y tienen objetivos diferentes. Ello, considerando, principalmente, la viabi-

lidad del deudor/a ante su crisis y su capacidad de superación de la crisis que enfrenta (grado de vulnerabilidad).

Se hace necesario, entonces, antes de aplicar la ley concursal, analizar la información, comprobación, proyección, estrategias, recursos, productos, etc que conformen la "gestión de la crisis" que la empresa va a llevar-o viene llevando- adelante para apoyar la asistencia legal del concurso preventivo, demostrando como este va a contribuir a la superación de la crisis. Esto considerando que, generalmente, la crisis afecta los activos críticos, la estructura financiera, humana y económica, que no siempre significa interrupción de la actividad o amenazas directas, pero supone un riesgo sobre el plan de continuación del negocio, actividad o desarrollo del deudor. Especialmente en una realidad signada por la trascendencia de complejidades tecnológicas, de comunicación, de influencias casi instantáneas, de dinámicas extremas que aumentan la vulnerabilidad predominando la incertidumbre. Por ello, se sostiene que la gestión de la crisis requiere una mayor complejidad para enfrentar situaciones difíciles de predecir y de gran inestabilidad, haciendo indispensable que el deudor cuente con un plan de gestión de crisis que permita resolverla, y es este plan el que demostrará, en principio, como está encarando la empresa su crisis y por qué el concurso preventivo es parte de ese plan y cómo va a contribuir a la solución. Por supuesto que no podemos pensar que este plan de gestión de crisis va a ser algo estático y que la empresa debería cumplir estrictamente, todo lo contrario, loa empresa debería estar constantemente trabajando sobre él a medida que las variables se modifiquen y exijan su adaptación.

Por su parte, contar con ello, permitirá al Juez concursal, a la Sindicatura, a los acreedores y a todos los grupos de interés (accionistas, proveedores, clientes, consumidores, etc.) que exigen la toma de decisiones, conocer con mayor fundamentación e información la viabilidad del concurso y de la empresa, actividad o vida económica financiera del deudor. Véase que una crisis significa vulnerabilidad, existencia de causas repentinas de desestabilización que limitan la capacidad de reacción, imprevisible o previsible de difícil resolución que requiere la capacidad de afrontar y recuperación adaptándose al nuevo escenario, para salir fortalecido de la misma. Esto requiere un plan de gestión de crisis, un camino por el cual, a través de distintos instrumentos, herramientas, apro-

VOLVER A ÍNDICE

vechamiento de oportunidades imprevistas, desarrollo de nuevas fortalezas, innovación, recursos afrontar la incertidumbre, etc.

No es objetivo del presente perfilar el plan de gestión de crisis, sino de plantearlo como necesario en esta instancia y en la instancia del posible proceso concursal y como actualización del concepto de "plan de negocio" que nunca se cumple en oportunidad de la propuesta por ser de imposible cumplimiento. Ello es así pues en el panorama actual no se puede mantener un concepto estático y de difícil previsión respecto a su mantenimiento en un tiempo prolongado como lo es el del cumplimiento del acuerdo. Si es recomendable que en tal oportunidad se continúe informando y acreditando la evolución, modificación, ajuste, etc. De la referida gestión de crisis y evolución de los negocios, actividades y/o desarrollo del deudor que irán haciendo posible (o no) el cumplimiento de lo propuesto y/o acordado en el ámbito judicial.

Continuando con esta idea, la ley concursal, sin perder su eje, puede dar respuestas al fenómeno de la realidad dinámica y frenética de cambio constante, no sólo con la ampliación y diferenciación del presupuesto objetivo del concurso preventivo y la ampliación de los requisitos formales, como por ejemplo (entre otros) el plan de gestión de la crisis, sino también con un efectivo sistema de acompañamiento fiscal, crediticio, bancario, etc.

§ 3.3.5 Conclusión

La situación actual exige, como ninguna antes, una aceleración en la adopción de un servicio jurídico distinto a lo que tradicionalmente veníamos haciendo hasta pocos meses atrás. No podemos exponer la vulnerabilidad de las empresas en crisis a remedios tradicionales ni su aplicación en la forma tradicional. Debemos empezar por el Estudio para continuar por el cliente. La insolvencia o la crisis de la empresa no pueden ser hoy manejada de la misma manera que veníamos haciendo. Pretender cambiar la ley sin antes cambiar en el servicio profesional prestado y en los distintos enfoques de la "nueva normalidad" sería de resultado cero. Y en esto tenemos, los abogados, un papel fundamental.

§ 3.4 "El Compliance y el fuero de atracción del Derecho Concursal"

Por German Alberto Pizano. Colegio de Abogados de Quilmes

PONENCIA

Una excepción al fuero de atracción en función de los intereses punitivos del Estado.

Palabras claves: Fuero de atracción, excepciones, Compliance, interés público, garantías constitucionales.

§ 3.4.1 Introducción

La sanción de la Ley 27.401 de Responsabilidad Social Empresaria, puso en el centro del debate empresarial, universitario y profesional, la temática de la gestión de transparencia y anti soborno, es decir, la temática del Compliance.

La tendencia legislativa internacional anti soborno puso el foco en la prevención de la actividad ilícita corporativa y también en la represión y aspectos punitivos.

Nuestra legislación anticorrupción -(Leyes: 24.759, 25.188, 25.246, 26.097, 27.304 y Decretos: 102/99, 202/17, 277/18, 62/2019), también adhirió a esta tendencia.

Es este sentido del aspecto punitivo de la represión del delito, con fecha 22 de enero de 2019 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto 62/2019 de Necesidad y Urgencia dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se sancionó el Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio".

§ 3.4.2 Objetivo del Decreto 62/2019

El objetivo de la norma es extinguir el dominio de bienes habidos como consecuencia de la actividad ilícita, a través de una acción civil expedita, en pos de la lucha contra la corrupción, delitos contra la administración pública, narcotráfico y trata de personas.

Si bien resulta positivo que la política criminal del Estado tenga como prioridad estos ilícitos de gran repercusión social, la crítica desde una perspectiva constitucional radica en que la acción civil resulta independiente de la sentencia definitiva en sede penal, entre otras criticas doctrinarias.

Este Decreto 62/2019 en análisis incorporó el actual inciso cuarto a la LCQ 24.522, quedando así establecido como excepción al fuero de atracción, por tanto los procesos de extinción de dominio no serán afectados por el tradicional principio general de la radicación ante el Juzgado del concurso, de los juicios de contenido patrimonial.

§ 3.4.3 Excepciones establecidas en el art. 21 de la LCQ

El principio general del fuero de atracción, garantiza el par conditio creditorum, por cuanto todos los acreedores participaran del mimo proceso judicial en un pie de igualdad ante la ley-, estableciendo la norma diversas excepciones en su redacción original (expropiaciones, relaciones de familia, ejecuciones de garantías reales, laborales, etc), con una modificación adversa a los derechos del concursado introducida por Ley 26.086.

Ahora el Decreto 62/2019 rompe el esquema de la estructura del proceso concursal por cuanto le permite a un tercero del proceso –el Estado- **que no es acreedor,** apoderarse de uno o varios activos de un concursado implicado en un proceso penal.

Esta solución puede resultar sumamente perjudicial para los verdaderos acreedores que concurrirán ante el Síndico a presentar sus insinuaciones de conformidad con lo dispuesto por el art. 32 LCQ.

En esta hipótesis de trabajo, puede transcurrir el procedimiento falencial y llegado el momento sentarse a la mesa del banquete concursal… **la mesa puede encontrarse vacía**, en el supuesto que

el Estado haya sustraído en todo o en parte, el activo falencial.

Esta cuestión debe considerarse atentamente por cuanto la criminalidad perseguida por el decreto en análisis, **también es generadora de actividad económica lícita,** produciéndose una confusión patrimonial entre ambas actividades y al irrumpir el Estado con su pretensión punitiva, puede generar graves daños colaterales, perjudicando a verdaderos acreedores ajenos a toda ilicitud.

Personalmente pienso, que las dificultades de los proyectos de ley y del propio DNU 62 se debe a cuestiones extrajurídicas relacionadas a tensiones política, al lawfare y a los procesos judiciales en trámite ante al fuero federal, en los cuales se investigan hechos de corrupción; sin embargo, ningún legislador debería oponerse a la extinción de dominio de organizaciones criminales vinculadas al terrorismo, al narcotráfico o a la trata de personas.

Si bien, el DNU recibió dictamen negativo de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo del 19 de Febrero de 2019, el DNU continuará vigente y solo quedará derogado si ambas Cámaras del Congreso lo rechazan, por simple mayoría, en sesiones ordinarias.

§ 3.4.4 Conclusión

Más allá de las proclamas de inconstitucionalidad del DNU por parte de la doctrina y aceptada la vigencia de la norma, queda en evidencia que nos encontramos ante una tensión entre derechos:

Por un lado, los derechos de la masa de acreedores fundados en el principio general de que el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores; versus,

El interés público, es decir la pretensión punitiva del Estado a los fines de hacerse de los bines producidos por la actividad delictiva en beneficio de toda la sociedad.

Esta tensión solo podrá resolverse por una modificación normativa.

§ 3.5 El derecho concursal sometido a la realidad económica deberá ajustarse a la realidad en tiempos del Coronavirus, con la crisis global local que debemos enfrentar

Por Horacio P. Garaguso y Guillermo. Garaguso. Colegio de Abogados de Mar del Plata y de Graduados de la Universidad Atlántida Argentina

PONENCIA

El derecho concursal sometido a la realidad económica deberá ajustarse a la realidad en tiempos del Coronavirus, con la crisis global que local que debemos enfrentar.La crisis económica que se producirá con motivo del COVID 19 a no dudarlo en todas las potencias económicas occidentales –tal vez Rusia sea la menos castigada- según prestigiosos economistas será muchísimo más grave que la del año 1929/1930 e incuestionablemente ya es más severa que las hipotecas suprime del año 2007.La primera de estas crisis genero cambios trascendentales en los sistemas jurídicos y económicos a nivel planetario pero para darle una localización geográfica a nuestro trabajo veremos la relación que existió entre crisis y sistema jurídico desde el año 1880. Podemos afirmar más allá de toda duda que cada una de estas crisis locales, regionales o mundiales importo cambios notables en el derecho concursal.

§ 3.5.1 Perspectiva histórica

Uno de los principios fundacionales del derecho concursal es y a nuestro juicio será la sujeción del mismo a la realidad económica. Es por ello que no puede llamar la atención que los cambios legislativos más trascedentes en nuestro derecho han acompañado a las crisis.

Dejamos aclarado que el vocablo CRISIS lo empleamos en su total dimensión griega porque más allá de cuales sean los hechos que la producen ella supone un cambio.

Hasta 1880, la legislación concursal argentina, era un capítulo del derecho comercial o si se quiere el libro IV del Código de Comercio. Pero la crisis de 1880 no solo opero la reforma del Código Comercial sino también que trajo aparejado la generalización en los ordenamientos procesales del concurso civil de acreedores, pieza esta de dudosa constitucionalidad en la medida en que legislaban las leyes locales modos de extinción de las obligaciones ajenos al sistema del art. 67 inc. 11 –hoy 75 inc. 12- de la C.N. Es que, la crisis bursátil, la circulación forzosa del papel moneda coloco en franca situación de insolvencia a inversores de la creciente burguesía local ajenos en calidad de tal a las "ventajas" que la reunión de acreedores podía ofrecer en el sistema del Código de Comercio de 1862 a los comerciantes y sociedades comerciales. Esta crisis impulso iniciativas que se iban a concretar 30 años más tarde, por la ley 11.077 que permitía la extinción de las obligaciones insolutas una vez liquidados los bienes del deudor mediante proceso de concurso civil. Pero demostró la insuficiencia del sistema concursal aplicable al comercio por lo que fueron varios los intentos de ajustar a la economía con inflación las legislaciones que traían todavía restos de los cuerpos de leyes de indias.

La iniciativa del profesor Obarrio se ve plasmada en la reforma de 1889 la cual se inspira en legislación europea y experiencia americana anterior a 1880 razon por la cual los ajustes al Libro IV concretados en 1889 nacen viejos y sin posibilidad de interpretación que les pudiera proyectar una mínima futuridad. Es por ello que durante la segunda presidencia de Julio A. Roca se va a concretar una reforma fundacional en el derecho concursal argentino construida sobre la base de la experiencia liberal de fines del siglo XIX de Europa y EEUU. Ello se visualiza en:

1.- La reducción significativa de las potestades de los Tribunales de Comercio en punto a procesos universales vinculados con la insolvencia

2.- La regulación del concurso preventivo construido sobre la base de una negociación ajena totalmente a los poderes del estado y que se resolvía entre el deudor y los acreedores; ello dio lugar a abusos alternativos a veces de deudores inescrupulosos a veces de acreedores del mismo tipo.

3.- La profesionalización de la labor informativa con la incorporación de la sindicatura a cargo de contadores públicos. Lamentablemente esta misma tendencia a lo profesional era socavada pues en la instancia de decidir sobre la composición del pasivo concursal, los acreedores en Asamblea podían apartarse de la propuesta del profesional sin tener que dar razón alguna de ello. Si la mayoría decía que no el crédito quedaba excluido de la negociación concursal sin perjuicio que esta resolución provisoria de los acreedores podía ser revisada judicialmente en instancia posterior.

4.- La opción de los acreedores que rechazaban la negociación propuesta por el deudor y el quedarse con la empresa por pocas monedas fue otra de las fallas del sistema que confiaba en que los acreedores como victimas nunca iban a ser victimarios. La realidad demostró lo contrario.

Estos términos de la que fuera la ley 4156 de 1902 llevaban en si mismo el signo de su fracaso. Debe haber sido la legislación que más rápido demando rectificaciones que apuntaban a acordar a los jueces antiguos poderes heredados del consulado. En efecto, el proyecto de Bermejo de 1908 daba al juez la facultad verificatoria que en primera instancia la ley 4156 le había negado. Este proyecto además le daba al juez el poder excepcionalísimo de negar homologación al acuerdo que se denominaba concordato cuando fuera suficientemente probada su construcción fraudulenta.

Carlos Malagarriga en su Curso Elemental de Derecho Comercial Volumen IV destaca la existencia de otros proyectos de reforma de la ley 4156 uno en 1911 y otro de 1912 los cuales no llegaron a tener tratamiento legislativo. Dos años más tarde los juristas Cruz y Martin y Herrera presentan el proyecto de ley general de bancarrotas, normativa adecuada al texto constitucional que podía mencionarse como una de las más modernas de su tiempo, inspirada en la ley alemana y la experiencia de la jurisprudencia europea y norteamericana de aquellos tiempos.

En 1918 se conoce un Proyecto elaborado por Castillo que en 1921 toma estado parlamentario a iniciativa de Leopoldo Melo, pero durante largos años el mismo vio postergado su tratamiento y la

interrupción del orden constitucional contra el gobierno popular de don Hipólito Irigoyen condeno al olvido. Pero restablecido el orden democrático y ante la crisis global del año 1930 que en nuestro país golpeo con mayor fuerza desde fines de 1931 el Proyecto Castillo, con algunas modificaciones de influencia economicista se transforma en la ley de quiebras 11.719 que rigió casi 40 años hasta el 24 de junio de 1972 y muchos más tarde por su aplicación residual, desde que, los procesos abiertos bajo su normativa debían concluir también conforme con sus reglas. Es ciertamente un record de vigencia solo igualable por la ley 24.522 sostenida por más de 25 años a fuerza de parches y remiendos parciales.

La crisis de los energéticos originada por el embargo petrolero dispuesto contra las economías europeas con motivo de la guerra entre los estados árabes e Israel, puso en evidencia que la excelente normativa de la ley 11.719 ya no era idónea para resolver los conflictos esencialmente financieros de la insuficiencia patrimonial. Es por ello que una Comisión -designada por el Gobierno militar de 1967- integrada por Los Dres. Héctor Alegría, Horacio Fargosi y Francisco Quintana Ferreyra, elabora un Proyecto que recetaba instrumentos de la legislación italiana y del anteproyecto de ley nacional de bancarrotas del año 1954 (orden del día 274 del Honorable Consejo de la Nación) que recién es sancionada por un nuevo Presidente de facto (Agustín Lanusse) 5 años más tarde el mismo día que se pone en vigencia la ley de sociedades comerciales 19.550 el día 24 de Junio de 1972. Esta legislación resolvió muchos de los huecos y censurables procedimientos de la ley 4156 pero nació vieja, estaba construida sobre la base de experiencias legislativas de la década del ´50 y no tuvo en consideración normativas tan trascendentes como la ley Francesa de 1967 (Considero la ley Francesa de 1955) ni las reformas de 1960 y 1966 de la Banckupcy Act de EEUU ni la actualización de sus reglas sucedida entre 1963 y 1968. El mundo de los ´70 era distinto al de los ´50. Es así que, la ley 19.551 debió ser actualizada y revisada en el año 1983 cuando el 17 de Octubre de dicho año el Presidente de Facto Bignone la sanciona pero la publicación y t.o. se realizan en el mes de Diciembre de dicho año bajo la restaurada democracia y la presidencia del Dr. Raúl Alfonsin. La ley 22.917 alargo por algo menos de 12 años la aplicación de la ley 19.551 pero los tiempo del neolibera-

VOLVER A ÍNDICE

lismo habían llegado y una ley intervencionista no condecía con el espíritu de la época y es por ello que se ajusta a la nueva realidad económica con la ley 24.522. La nueva ley tenía como objetivo directo y expreso la rápida resolución de los conflictos aunque esa resolución no fuese la mejor solución. Para el legislador solo era buena y era rápida. Pero choco con la tradición judicial acuñada en los 23 años de la ley 19.551 y con la ineficiencia abierta y evidente de un poder judicial anquilosado y poco especializado. Es cierto que algunas provincias crearon instrumentos del poder judicial idóneos y útiles a los fines de la nueva preceptiva aún vigente la legislación pretérita como sucedió con las Provincia de Córdoba y Mendoza y más tarde San Juan, Jujuy, Salta y Catamarca, pero el gigante que es para la economía nacional la provincia de Buenos Aires, convive una legislación de los ´90 aggiornada al 2015 con los jueces "de chapa y pintura" como definía Angel Mazzatti a la justicia civil y comercial.

Las reformas legislativas que son consecuencia de las crisis provocadas en el sector financiero por las hipotecas suprime traen un profundo cambio en el sistema concursal, desde que, a los principios clásicos de empresas valiosas, escases y sometimiento de la realidad económica se adiciona uno nuevo que sigue la tradición de la ley Inglesa en la materia y que se expresa en los términos siguientes: "si los trabajadores son parte del problema deben ser parte de la solución".

§ 3.5.2 Los presupuestos de los concursos

Así como entre 1880 y 1972 se fue ampliando el campo de acción subjetivo de los concursos, entre 1967 y 2015 se fue modificando, aligerando de un modo notable el denominado presupuesto objetivo que en muchas legislaciones ha pasado a ser simplemente dificultades económicas que afecten la continuidad de la empresa como generadora de bienes y dadora de mano de obra. Lo decía hace mas de 30 años Osvaldo Maffia "La metamorfosis de un concepto" y de la insolvencia como único y excluyente mecanismo habilitar la solución concursal se fueron abriendo las puertas hacia las dificultades económicas y financiera.

Esta evolución en materia de presupuestos es una variable que también resulta alcanzada por el principio del sometimiento a la realidad económica y ha llegado el momento de preguntarnos cual será la realidad económica que siga a la crisis global del COVID 19.

A nuestro juicio y admitiendo que estamos expresándonos en un terreno conjetural se producirá un regreso fisiográfico a la vinculación entre tierra, alimentos y alimentación.

Los 5 mil millones de habitantes del planeta tras la pandemia van a depender en buena medida de políticas públicas para tener acceso a una alimentación, que no nos animamos a calificar como saludable, pero que al menos sea DIGNA. Este regreso fisiocrático valorizara de una manera significativa la tierra y la tecnología vinculada a los alimentos. Un segundo aspecto que será también consecuencia de la pandemia será el desarrollo de la tecnología de los medicamentos. Es cierto que la pandemia ha puesto en tela de juicio un siglo de tecnología de laboratorios y de especialidades médicas. Es claro que la presencia de un virus que algunos apenas si los conmueve y a otros –afortunadamente no más de un 12%- les provoca la muerte. Esta es una conjunción letal, pues quien no se siente afectado es un agente de contagio activo y muy dinámico.

Esto será una advertencia porque una mutación del virus bien podría cambiar la consecuencia y mientras unos pocos padezcan livianamente la enfermedad muchos otros sufran graves consecuencias por ella, incluida la muerte.

Llegará también el momento de preguntarse como sigue el transporte pues ha sido este el portador global de la pandemia. ¿Podrá ser libremente ejercido? Repárese que un avión repleto con 300 pasajeros puede contaminar a todo un país y con ello poner en riesgo no solo la salud sino también su futuro. Imaginamos un transporte sanitariamente reglamentado que vaya más allá de la simple desinfección practicada antes de iniciar el vuelo con un aerosol cuyo contenido y efectos nos es absolutamente desconocido.

Se modificará también el concepto de frontera que deja de ser un límite comarcano de naturaleza política adquiriendo fortaleza una nueva visión: la sanitaria.

¿Es necesario que alimentos esenciales para la supervivencia planetaria sean quemados mediante el transporte individual? El maíz, la uva, la caña de azúcar, la caléndula generan combustibles para la industria automotriz. La soja ¿no será hora de pensarla como alimento abandonando su estructura transgénica que tanto daño causa a humanos y a muchas especies animales para volver a una visión orgánica y alimentaria como en 1992 proponían en la reunión de La Habana los países del tercer mundo?

Todos estos cambios y muchos más que sería imposible siquiera mencionarlos en una ponencia de las dimensiones de la presente van a poner en CRISIS a:

1. La industrial metal-mecánica si es que el transporte se orienta hacia lo colectivo.
2. La industria petrolera y sus derivados –plásticos entre otras- serán sin duda como mínimo repensadas y como máximo cambiadas por otras que no pongan en riesgo la alimentación y la salud mundial.
3. ¿La industria asociada al agro seguirá vinculada al tratamiento genético de semillas para desarrollar en la producción de combustibles?
4. ¿Las industrias de la alimentación podrán resistir los cambios que demandaran los tiempos futuros?
5. ¿Qué sucederá con las industrias químicas cuando las mismas deban prescindir de insumos que solo se extraen de la tierra de labradío para alimentación?

Esto producirá una crisis de las grandes empresas y nos animamos a sostener también de medianas y pequeñas. Esta crisis se agravara por el cierre de fronteras por razones sanitarias a las que se sumara a no dudarlo también las fronteras ecológicas.

El comercio exterior se verá resentido por las limitaciones a la comercialización de ciertos productos e insumos, provocando sin lugar a dudas desempleo, hipo-atención de los mercados internos e hiper-insolvencia en las empresas que no logran reconvertirse.

§ 3.5.3 El nuevo presupuesto objetivo

Desde la insolvencia o estado de cesación de pagos como una condición económica del patrimonio en estado de inopia presente para atender con regularidad al cumplimiento de las obligaciones, se evoluciono a un menor nivel de exigencia desde que, la cesación de pagos era por cierto terminal para la mayor parte de las empresas y empresarios. Es por ello que frente a la monumental crisis del año 30 la Corporate Reorganization operaba la instancia conciliatoria desde que el deudor advirtiera que stand-by más temprano que tarde estaría en dificultades. El procedimiento de conciliación lo habilitaba la sospecha fundada en la experiencia del empresario de problemas futuros que pudieran impedir el desarrollo de la actividad empresaria. En los tiempos presentes debemos imaginar un presupuesto objetivo que se asemeje al que inspirara la legislación de emergencia del derecho norteamericano. Es tal vez la situación mucho más grave de lo que podemos imaginar porque tras 60 o más días de cuarentena, paralizadas las industrias y el comercio en general los límites de endeudamiento llegaran a dimensiones históricamente muy severas y tal severidad impondrá tal vez más de una década para regresar a la situación que existía uno o dos años antes de que la epidemia China fuera declarada pandemia.

El derecho durante esta etapa de emergentes y en la siguiente va a registrar cambios de una gran magnitud. En lo que respecta al derecho concursal es evidente que el empleo va a pasar a ser no un igualador social ni un mecanismo previsional del presente para un futuro, sino que será una condición sine qua non para la vida. De allí que el presupuesto objetivo también sufrirá un cambio notable: el proceso concursal quedara habilitado si se ponen en peligro los empleos y condiciones laborales.

Dos entonces son las líneas sobre las que debemos investigar. La primera el riesgo de cese o reducción de la oferta de bienes, especialmente en los esenciales para la vida como alimentos, medicamentos, energía, provisión de agua, etc. Y la segunda el empleo como sistema de la vida social que supere al asistencialismo público.

Sobre la base de ambas líneas debe pensarse la construcción del derecho concursal no ya como derecho por la emergencia sino por el derecho en la emergencia la que habrá de perpetuarse ciertamente por largo tiempo.

§ 3.6 Vulnerabilidad, COVID y Concursos

Por Gabriela Fernanda Boquin. Colegio de Abogados de San Martin

PONENCIA

La situación de vulnerabilidad de un acreedor debe ser especialmente considerada en el proceso concursal siendo su atención prioritaria un imperativo convencional. La emergencia generada por el COVID 19 genera la necesidad de intensificar la mirada tutelar para aquellos.

§ 3.6.1 Introducción

Mientras se los reconoce en muchos precedentes judiciales como sujetos de especial tutela, en otros se los ignora considerando que el derecho positivo debe traer soluciones específicas y concretas para ellos, sin que basten tratados internacionales que consagran especialmente su protección, haciendo primar de esta manera la letra fría de una ley de inferior jerarquía por sobre normas supralegales[218], a pesar de que las mismas son fruto de compromisos internacionales asumidos por nuestra República. El principal argumento para omitirlas en la aplicación de los casos es consecuencia de una idea dualista que aprecia que son normas programáticas y no operativas[219], que requieren de una ley diferente a la de la ratificación que reglamente lo dispuesto en forma genérica por los tratados, ignorándose de esta manera lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación[220].

218 Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

219 CSJN voto de la mayoría en "Asociación Filantrópica Francesa / quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros" 6 Noviembre 2018

220 **ARTÍCULO** 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

§ 3.6.2 Los vulnerables, la jurisprudencia y nuestro derecho positivo

La vulnerabilidad es un concepto considerado en nuestra legislación.

Diversas normas hacen alusión a este tipo de situación, permanente o circunstancial, que padecen las personas humanas.

Véase como ejemplo "Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", adoptada por Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2009 que establecen en su exposición de motivos que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Este instrumento si bien trata sobre el acceso a la justicia efectivo de este tipo de poblaciones o personas en la sección segunda al establecer los beneficiarios de las Reglas se introduce el concepto de vulnerabilidad de las personas humanas.

Así, considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por razón de su edad, género estado físico o mental, o por circunstancias sociales, ecónomicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Luego hace una enumeración, que no es taxativa, apreciando como causas de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización (y aquí vale la pena aclarar que considero incluido al acreedor involuntario), la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

El proyecto de ley de defensa del consumidor expresamente considera la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado como un principio rector, para luego establecer en el art.5.5 el principio de la protección especial para situaciones de vulnerabilidad. Así dispone que el sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una "vulnerabilidad agravada", derivada de circunstancias especiales. En particular consideran niños, niñas, adolescentes,

personas mayores, enfermos o con discapacidad entre otras. En tales supuestos el principio de protección se acentúa debiendo ser especialmente garantizados la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno, como la seguridad. Y si bien podemos no compartir este criterio de diferenciación entre un colectivo de vulnerables de base[221] (pues la protección debe alcanzar a todos ellos no siendo necesaria la discriminación positiva) lo cierto es que contiene ideas generales que nos orientan hacia el concepto de vulnerabilidad.

La ley orgánica del Ministerio Publico Fiscal, en su artículo 2 cuando regula las funciones del Organismo establece en el inciso e) la intervención necesaria ante conflictos en los que se encuentre afectados de manera grave el acceso a la Justicia por la especial vulnerabilidad de laguna de las partes o la notoria asimetría entre ellas, lo que reitera en el artículo 31 al normar la actuación de los fiscales en materia no penal en el inciso b) determina que debe peticionarse en las causas en trámite cuando se trate una manifiesta asimetría entre las partes.

La Corte, muy recientemente[222] en el fallo "García María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" manifiesta que la vulnerabilidad precisa de una igualdad sustancial lo que produce un tratamiento diferenciado por el estado de mayor vulnerabilidad de un sujeto, delineando de esta manera que el mismo es un concepto variado, relativo y dinámico. En ese caso. Apreciando la mayor vulnerabilidad de la actora por su avanzada edad y enfermedades que sufría) consideró que es lógico que el legislador no pueda contemplar las múltiples situaciones de vulnerabilidad en una ley, pero que tampoco puede unificarse consecuencias legislativas ante realidades distintas. Es que si hablamos del principio de igualdad ante la ley tenemos que considerar que ese tratamiento igualitario se aplica a sujetos iguales, es decir a individuos que se hallan en una razonable igualdad de circunstancias.

221 Dante Rusconi "¿Hipervulnerable mata consumidor?" http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1541
222 26 de marzo del 2019

Citando a Bidart Campos el Tribunal Supremo en ese trámite destacó "que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo "medidas de acción positiva" traducidas tanto en "discriminaciones inversas" cuanto en la asignación de "cuotas benignas", en beneficio de ellas. Es que en determinadas circunstancias, que con suficiencia aprueben el "test de razonabilidad", resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa "discriminación" se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas (…) se denomina precisamente "discriminación a la inversa" porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado[223]

En la última crisis del año 2001 la ley 25587 del 25 de abril del 2002 establecìa un límite a la traba de medidas cautelares en contra del Estado Nacional, entidades financieras, de seguros o mutuales excepcionando del mismo a aquellas personas que reclamasen un derecho encontrándose en riesgo la vida, la salud, la integridad física o cuando fuese mayor de 75 años.

En el marco de la vigente crisis sanitaria y económica el decreto 320 del 29 de marzo que suspende los desalojos, establece la prórroga automática de los contratos y el congelamiento de alquileres, en su artículo 10 prevé que en caso de vulnerabilidad del locador si este dependiese del canon locativo para cubrir sus necesidades básicas y las de su grupo familiar no le resulta aplicable lo dispuesto en cuanto al congelamiento de alquileres.

El Ministerio de Desarrollo Productivo y la Secretaría de Comercio Interior dictó el 27 de mayo la resolución 139 en donde específicamente trata la cuestión de los consumidores hipervulnerables considerando que lo son por un agravamiento de la condición por edad género discapacidad condiciones de adulto mayor entre otras.

223 Bidart Campos Germám, "Tratado elemental de derecho constitucional Argentino" 2000:2001, Editorial Ediar , Buenos Aires T I, pagina 80

La ley 15172 del 28 de mayo del 2020 qué suspende en todo el ámbito de la provincia de Buenos Aires las ejecuciones hipotecarias de partes indivisas los desalojos los lanzamientos colectivos hasta el 30 de septiembre del 2020 establece en su artículo 6 una excepción en cuanto a las suspensiones cuando el locador es vulnerable y dependa del canon locativo para cubrir sus necesidades básicas y su núcleo familiar primario en el ámbito provincial.

Entonces, reconocidos por la legislación debemos conceptualizar quienes son vulnerables.

Podemos quizás simplificar el concepto considerando como tal a una persona humana que es más propensa a ser dañada por determinado acto o menores son sus posibilidades de recuperarse ante el perjuicio causado o que este tiene una mayor magnitud por los efectos ocasionados a este sujeto en particular.

Florencia Luna, investigadora del Conicet y Flacso, en su trabajo "Vulnerabilidad: la métafora de las capas"[224] dice que el concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado a las circunstancias, a la situación que se está analizando y al contexto. No se trataría así de una categoría, rótulo o una etiqueta. Pensar que alguien es vulnerable es considerar que una situación es específica puede convertir o hacer vulnerable a una persona. En este sentido trabaja sobre el concepto de capas de vulnerabilidad pues ayuda a trabajar mejor los aspectos evaluativos y descriptivos de la situación. Además, agrego, permite diferenciar la vulnerabilidad de la hipervulnerabilidad.

Ahora bien teniendo en cuenta todo lo expuesto debemos apreciar que la condición de ciertas personas humanas resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico y por ende también atraviesa a el sistema concursal, prueba de ello el tratamiento dado por la Corte en el caso "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s Incidente de verificación R.A.F y L.H.R de F"[225] o los votos en disidencia de los Dres. Maqueda y Rossatti en "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por

224 Publicado en Jurisprudencia Argentina , IV Fascículo n° 1, 2008 páginas 60/67
225 26 de marzo del 2019

L.A.R. y otros”[226] en los cuales por la consideración de vulnerable del acreedor (menor discapacitado) se dicta el jaque mate al sistema de los privilegios declarándose la inconstitucionalidad de los mismos estableciéndose un privilegio especial prioritario o de primer orden (prioritario de cualquier privilegio especial y general conforme lo resolviera el juez de primera instancia).

Ya varios Jueces del fuero Comercial se han hecho cargo del concepto de vulnerable y de la necesidad de un tratamiento particular en los expedientes concursales, tal es el caso que se trató en la “Economía Comercial SA de Seguros generales y otro s/ quiebra s / incidente de verificación por Tules Yolanda Erminia”[227] en el cual se declara el pronto pago de un crédito no laboral de un adulto mayor enfermo o en “Cortiñas Ignacio Jose Antonio S/quiebra”[228] en el cual el Dr. Barreiro en un voto en disidencia valoró, para evitar la liquidación de una vivienda única, que el fallido era un adulto mayor, discapacitado; pero mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación no considere en todos y cada uno de los ámbitos en los cuáles los derechos de los vulnerables se encuentran vulnerados, la protección sólo será ilusoria o para unos pocos que logren conmover a quien debe garantizarles el pleno goce de sus derechos en casos individuales.

§ 3.6.3 Los acreedores involuntarios vulnerables

El tratamiento unificado que realiza la ley de concursos de todos los crèditos quirografarios no diferencia a ciertos acreedores extracontractuales cuyas acreencias provienen de delitos o cuasidelitos los cuales sufren como consecuencia de aquellos daños a la integridad psíquica o física.

Debemos destacar que los créditos que provienen de tales daños integran en la categoría de los derechos mínimos inderogables reconocidos por diversos convenios internacionales en cuanto a la protección de la persona humana y de la vida.

226 6/11/2018.
227 CNCom SALA C 10/5/2018
228 CNCom Sala F 9/4/2019

La vida es el primer derecho de la persona humana, eje central de todo el sistema jurídico. La preservación de la salud lo integra y con ello todo lo necesario para vivirla dignamente como la alimentación adecuada, la vivienda, los tratamientos y medicación que se precisan para lograr el mayor bienestar posible.

La doctrina emanada del caso "Feliciana González"[229] permitió comenzar a considerar la equidad existente en una apreciación diferencia de estos acreedores, aunque no estuviese fundado en derecho positivo. En esos años la problemática del acreedor involuntario se circunscribió al acreedor extracontractual.

Esta delimitación de por sí resulta escasa o pobre a los fines de la tutela de los vulnerables pues puede darse el caso de acreedores que siendo contractuales se convierten en involuntarios como consecuencia de un obrar ilícito del deudor en el marco contractual. Vaya como ejemplo la situación de aquellos que celebran un contrato de transporte personas, sufren en el curso del mismo un accidente que deteriora su integridad física. En este caso el acreedor por más que resulte vinculado con el deudor por una relación contractual no puede prever, ni pudo hacerlo, las consecuencias dañosas de dicho contrato en su persona. Por otro lado, pueden existir acreedores extracontractuales pero que el hecho dañoso le haya provocado un desmedro patrimonial cómo puede ser el daño a un vehículo o un inmueble y no a la persona, no siendo vulnerables teniendo consecuencias solo económicas. También podemos considerar a los acreedores laborales que si bien están unidos a su empleador por un contrato de trabajo la asimetría propia del vínculo implica qué el dependiente no puede elegir las condiciones de contratación siendo un sujeto especialmente tutelado por el carácter alimentario de su acreencia.

Existe en estos momentos un proyecto de ley de la senadora Lucila Crexell en el cual se intenta modificar el artículo 16 de la ley 24.522 estableciéndose el pronto pago de créditos por daños personales de causa no contractual o involuntaria no asegurados

En el mismo se establece que el régimen del pronto pago se aplica

229 SCJPB 5/4/ 2006 Feliciana González c/ Micrómnibus General San Martín s/ incidente de verificación tardía.

a aquellos créditos que por su naturaleza o circunstancia particular de los titulares deban ser afectados a cubrir contingencias de salud alimentarias u otras que no admitieran demoras que gocen por ello de privilegio general conforme las previsiones del artículo 246 inc. 6.

El proyecto, por ende, modifica también el artículo 246 en materia de privilegios considerando que la aplicación del pronto pago a los créditos por daños personales con causa no contractual o involuntaria no asegurados requerirá la petición expresa de su acreedor que deberá invocar la existencia de sentencia firme que reconozca el crédito dictada en un proceso de conocimiento o en su caso en el marco de una demanda de verificación de créditos. La petición se debería fundar en la naturaleza del crédito o circunstancias particulares de titular que determinan que deben ser afectados a cubrir las contingencias de salud alimentarias u otras de carácter personal que no admitieran demoras. Todo se efectivizaría previa vista al síndico y al concursado. El juez resuelve el pedido de pronto pago mediante resolución fundada en el cual de no existir fondos líquidos disponibles evalúa las circunstancias personales invocadas para decidir si corresponde otorgar el beneficio y como consecuencia de esa ponderación establecer los porcentajes límites y condiciones en que se efectivizará el pronto pago la resolución es apelable. De esta manera lo determinante para conceder la preferencia inmediata en el cobro es que el acreedor se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

También se readecuaría el correlato en la quiebra, el artículo 183, incluyéndose a estos créditos en el pronto pago con los primeros fondos que se recauden o con el producido de los bienes sobre los cuales recae sus privilegios

Modifica el artículo 19 en materia de intereses quedando excluidos de la suspensión de los mismos los créditos por daños personales de causa no contractual involuntaria no asegurados a los que se les reconozca el privilegio general del modificado artículo 246. Por otro lado se pretende la modificación del artículo 41 considerándose dentro de las categorías mínimas a una que incluya solamente acreedores por daños personales de causa no contractual o involuntaria no asegurados con privilegio general.

En definitiva el inciso sexto del 246 quedaría redactado, según el proyecto, de la siguiente manera: los créditos por daños a derechos personalísimos de causa no contractual o involuntaria no asegurados el privilegio comprenderá el capital y los intereses devengados hasta la fecha en que quede firme la sentencia que reconozca el crédito en caso de que ello ocurra con posterioridad a los dos años de la sentencia de quiebra lo contrario de lo contrario comprender a los intereses devengados hasta dos años de la sentencia de quiebra.

Ahora bien, más allá de la incorrecta redacción este proyecto sólo protegería a sujetos vulnerables en el instituto del pronto pago pues la inclusión de los involuntarios al elenco de los privilegiados generales tal como esta redactado implica conceder protección por la causa del crédito pero no por el estado de vulnerabilidad del sujeto, con lo cual lejos está de solucionarse la cuestión por la reforma propuesta.

§ 3.6.4 Principio pro homine y vulnerabilidad

Todo lo expuesto se reduce a una sola afirmación: la persona humana es el centro de protección del sistema jurídico. Este debe ser el punto de partida para cualquier conclusión a la que arribe el intérprete, más aun ante la colisión de normas o principios. Así los criterios de prelación normativos existentes en los art. 150, 1709, o el 2579 CCCN.

Partiendo de este megavalor, más otros contenidos en todo nuestro ordenamiento jurídico, sumándose las cláusulas que surgen de los Tratados Internacionales es que la forma de interpretación exigida por el artículo 2 del Código Civil y Comercial, el diálogo de fuentes comprometido, tiene incidencias en una ley tan especial como lo es la 24. 522. La interpretación de la ley debe ser armónica, debiéndose conformar a una norma con el contenido de las demás - pues entre todas debe congeniarse una unidad coherente- y en la inteligencia de sus cláusulas se intentará cuidar no alterar el equilibrio del conjunto. Su consideración debe hacerse tomando en cuenta la finalidad que resulta de los objetivos y valores de la propia ley sumado al de todo el ordenamiento en forma integral,

pero a la vez contemplando las cláusulas que surjan de los Tratados de derechos humanos. No se trata de ignorar la intención del legislador sino de dar preferencia a las finalidades objetivas de los distintos textos en el momento propio de su aplicación.

En el Código Civil ya derogado, los principios jurídicos tenían un carácter preferentemente supletorio, mientras que en la actualidad el nuevo Código le otorga una función de integración y control axiológico. Al decir de Lorenzetti los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos[230].nAl momento de interpretar y aplicar las normas no se puede entonces prescindir de integrar todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado el Código Civil y Comercial ha introducido el rol del juez de equidad. La equidad (del latín "*aequitas*" y del griego "επιεικεία") ha sido caracterizada como la justicia del caso particular, cuyo fin es atemperar el excesivo rigorismo de la leyes y su función es la de corregir la injusticia que puede derivar de la aplicación de una ley a un caso concreto[231] . Se la ha calificado a lo largo del tiempo como una fuente de derecho y como una pauta de interpretación. Hoy se le reconoce al Juez la facultad de dictar una sentencia equitativa en diversas normas del Código tales como los artículos 771[232], 1714 y 1715[233], 1718[234], 1742[235]. La equidad ya no es un axioma moral o ético sino que debe integrar la solución del caso y será el principio rector el que más favorezca al hombre, persona humana, cuando ésta se encuentre involucrada en el conflicto, debiendo atenderse por ende a su integridad físico psíquica, y la cobertura de sus derechos esenciales que hacen a su dignidad como tal.

La dignidad intrínseca de la persona humana constituye, por ende, el fundamento ontológico y definitivo de los derechos humanos.

230 Lorenzetti Ricardo, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T I págs. 34 y ss, Editorial Rubinzal Culzoni
231 Garrone, José A. "Diccionario Jurídico, T II, pág. 440 Editorial Abeledo Perrot.
232 Para morigerar interés.
233 Ante la punición excesiva
234 Indemnización aun sin culpa del dañador ante un daño justificado.
235 Atenuación de la indemnización, salvo dolo, en función del patrimonio del deudor y la situación personal de la víctima del hecho

Estos responden a un orden que precede en el tiempo y supera en jerarquía, al derecho positivo. La justicia social se inscribe entre los principales valores y objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es la justicia en su más alta expresión, y consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todo y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consiguen o se tienden a alcanzar las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. Constituye un medio para establecer la paz universal, y un fin propio.

Por ejemplo, un acreedor menor con discapacidad tiene una preferencia de cobro respecto del resto de los acreedores en virtud de los derechos reconocidos por arts. 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; los arts. 1, 6, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 7 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad; el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ello a pesar de que por la fría letra de la ley con una mirada simplemente exegética se lo pueda considerar quirografario pues deben compatibilizarse las normas concursales (ley 24.522) con las normas y principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos receptados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 y 23) además de las leyes que reglamentan dichos derechos y principios en el orden interno. La interpretación en cuanto considera como un departamento estanco a la ley concursal implica oponer restricciones al ejercicio del derecho de preferencia o prioridad que se le reconoce a un menor en su condición de tal, pudiéndose entonces vulnerar un principio que surge del art. 31 de la C.N y del art. 75 inc. 22 y 23. El interés superior del niño determina que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (ley 26.061, art

3) y que "la prioridad absoluta implica" - entre otras, "la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas" (ley 26.061, art. 5). Es que en un contexto falencial es justamente donde la cláusula de preferencia del niño cobra especial virtualidad, imponiéndose su aplicación: el patrimonio del deudor no es suficiente y resulta necesario establecer un orden y preferencias en el cobro.

Debe por ende reconocerse la prioridad del derecho del menor, aunque su crédito por la fría letra de la ley concursal sea quirografario, frente a otros derechos de contenido patrimonial que nace de una ley especial y que reglamenta las disposiciones que consagra un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional, subordinando la ley de concursos y quiebras, desplazando toda regla de la LCQ que se oponga o no se ajuste a sus disposiciones. Para arribar a esta conclusión debo destacar que la preferencia que el bloque de convencionalidad reconoce en favor del menor no se encuentra condicionada a que el acreedor se encuentre in bonis. La preferencia legal es "absoluta" y en caso de colisión con otros intereses igualmente legítimos, rige sin condicionamientos ni mermas. Así la consecuencia directa de la cláusula de atención prioritaria absoluta es que el crédito en cuestión debe ser satisfecho con los primeros fondos disponibles. Por ello, debe analizarse el supuesto a la luz del principio de "interés superior del niño", recordando que los principios tienen una función de integración y control axiológico (y así volvemos al diálogo de fuentes impuesto por el artículo 2 CCCN).

En otros casos la protección será al mayor adulto. Así, como consecuencia de los principios que surgen de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores[236], ratificada por la ley 27.360, integrada con el instituto del pronto pago[237] ya se ha reconocido el derecho a un

236 Durante la 45ta. Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015

237 Art. 16 en cuanto dice: "Excepcionalmente el Juez podrá autorizar, dentro del régimen del pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras"

cobro anticipado sin esperar el proyecto de distribución[238].

§ 3.6.5 Conclusiones

El legislador no puede contemplar las diferentes situaciones por la que atraviesa en su vida a una persona humana que lo llegue a convertir en un momento dado en un vulnerable pero también es cierto que no se pueden unificar consecuencias en realidades distintas

Es imposible agotar, ni mucho menos tratar, todas las consecuencias que la concurrencia normativa, de principios y valores implica en el sistema concursal; pero tomando como modelo el instituto de los privilegios pretendo demostrar con ciertos ejemplos que por sobre la letra expresa del articulado de la ley 24. 522, los principios y valores comprometidos en el propio sistema concursal, se encuentra la protección de la persona humana, quien sujeto de preferente tutela, según su estado de vulnerabilidad y los Tratados suscriptos en ese sentido harán que la interpretación del juzgador sea diferente en cada caso considerando la posible colisión y desplazamiento de normas y derechos, teniendo en cuenta la integración de todo el ordenamiento jurídico.

La pandemia producida por el COVID 19 nos pone frente a un nuevo desafío: tal es apreciar que las personas vulnerables son sujetos que sufren en forma mucho más intensa los efectos del fenómeno (ya sea sanitario o económico), lo cual implica también rever la efectiva concreción de la tutela más aun en los procesos concursales donde se deberá resolver la crisis de la crisis haciendo primar el principio pro homine por sobre la protección indiscriminada o tradicional de cualquier crédito respecto de los que están en cabeza de sujetos tutelados.

Conceptos o apotegmas como la par condicio creditorum o que los privilegios son un numerus clausus regulados exclusivamente por la ley concursal deben ser revisados para generar una verdadera

238 CNCom Sala C "La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de Tules, Yolanda Ermina" 10 de mayo del 2018.

igualdad ante la ley y cumplir de esta manera con la manda del art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional.

En definitiva, el tratamiento diferenciado que se presente por el estado de mayor vulnerabilidad (lo cual es un concepto dinámico y variado ya que puede ser permanente o transitorio) implica apreciar que el sujeto tutelado es más propenso a ser dañado, tiene menores posibilidades de recuperación ante el daño y serán mayores la magnitud de los efectos que este le ocasione.

Todo ello se encuentra en definitiva radicado en nuestra Carta Magna en virtud de la garantía de igualdad ante la ley, que debe ser sustancial y no solo aparente o abstracta[239].

239 Art.16 CN "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"

§ 3.7 Respuesta concursal a la emergencia

Por Marisol Martínez. Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

Si bien el Derecho Concursal constituye en sí mismo la respuesta a la crisis económico financiera del deudor, en circunstancias de quiebre del presupuesto concursal y estado de cesación de pagos o afectación de derechos generalizados a la totalidad de los participantes e intereses en juego, la normativa vigente resulta inerme. Más allá de teorías, la realidad requiere imperativamente soluciones, las que deberá ofrecer en todo caso un derecho concursal "de emergencia", con la menor impronta de figuras concursales que no tengan relación directa con la crisis pandémica.

§ 3.7.1 Derecho concursal como respuesta

El Derecho Concursal es una rama del Derecho especialmente gestada para dar respuestas. La idea primaria es la adaptación de la normativa del derecho privado en su conjunto en función del impacto que la crisis económico financiera produce.

Así, si bien el sistema concursal, una vez establecido, permitiría proyectar, construir a partir de sus disposiciones, su función primaria es la de dar respuestas a las situaciones y relaciones jurídicas sobre las que la crisis económico financiera deja su impronta.

La ley 24522 de concursos y quiebras, con importantes reformas, actualmente vigente prevé una serie de efectos que el concurso produce y que operan como estrategias para el deudor, único legitimado para peticionar su concurso preventivo. Son resultado de una adaptación del régimen jurídico "normal" a la situación crítica. A su vez, representan el marco con que el concursado forjará sus estrategias de salida de su cesación de pagos.

Así desde la misma presentación concursal la suspensión de intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca, con exclusión de los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral (art. 19 LCQ). Se trata de una suspensión de intereses sine die, mientras dura el concurso, a diferencia de lo previsto por otras legislaciones, lo cual la hace especial e inclusive inequitativamente beneficiosa para el deudor, máxime en el contexto inflacionario que cursamos. Esto producto del particular ADN de la ley en su origen, marcado por la vigencia de la ley de convertibilidad -23928-, de la que aún nos queda la prohibición de indexación.

La apertura concursal, producirá la suspensión de procesos desde la publicación de edictos, con imposibilidad de decretarse medidas precautorias y levantamiento de las decretadas en algunos de los procesos excluidos del fuero de atracción (art. 21 ley 24522).

Asimismo el concursado es munido con la posibilidad de continuar o resolver contratos con prestaciones recíprocas pendientes (art. 20 LCQ), entre otras medidas que la ley prevé como efectos del concurso preventivo.

Respecto de esta normativa rige la regla de especialidad, ratificada por el orden de prelación normativa expresamente reconocido por el Código Civil y Comercial de la Nación: artículos 150; 963; 1709 y 1834.

§ 3.7.2 La respuesta a la emergencia

Si bien las disposiciones concursales surgen como respuesta a una especial situación de crisis vivenciada por el deudo, la aplicación de esta herramienta frente a un cocontratante igualmente afectado por la emergencia no es congruente con una situación generalizada de emergencia, en la que la crisis afecta, en muchos casos, por igual a pretenso concursado y pretendidos acreedores, quienes revisten esos mismo caracteres recíprocos en la realidad de una contingencia de la envergadura de la que transitamos.

El derecho concursal contempla un estado generalizado y permanente del patrimonio del sujeto deudor, de ninguna manera el estado de crisis permanente y generalizado a todas las partes, relaciones y situaciones que una situación de emergencia genera, y la emergencia con causa en la pandemia que estamos transitando con más gravedad.

El pretendido equilibrio es distinto cuando la crisis afecta ya no a una de las partes de la relación creditoria, y no sólo a ambas o todas las partes, sino que afecta a la generalidad de las personas.

Así cuando un deudor pretendiera el amparo de las estrategias concursales existentes, podría pretenderse dentro del marco de la pandemia la aplicación por los restantes actores – secundarios- del drama concursal – actores principales de la emergencia generalizada-, normas tales como las que regulan la existencia del caso fortuito / fuerza mayor (art. 1730 CCCN), la imposibilidad (art. 955 CCCN), la imprevisión (art. 1091 CCCN), la frustración de la finalidad (art.1090 CCCN), la suspensión del cumplimiento (art. 1031 CCCN), la tutela preventiva (art. 1032 CCCN).

La solución es claramente dilemática.

Es asimismo patente en el derecho de las obligaciones y contratos, no resultando satisfactoria o adecuada ni aún la aplicación de los institutos de la emergencia, lo que diera lugar al dictado de normas “ad hoc” en nuestro medio y en el derecho comparado, con la intención de paliar la conflictiva general.

Así las figuras con que el CCCN prevé la regulación de situaciones de emergencia, tampoco dan plena cuenta de la exorbitante generalidad de afectados por la situación, requiriendo cada caso de adecuado y particular análisis. Debe tenerse presente que la pandemia impacta sobre la totalidad de los sectores, si bien no en forma idéntica.

Hemos vivido en nuestro país con emergencia la mayor parte del siglo, con emergencia de distinta graduación, efectos, y, en algunos casos, regulaciones específicas y transitorias con mayor o menor duración, y otras que fueron objeto de prórrogas sin solución

de continuidad por años[240].

La ley 27541, de "Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública", declaró conforme su artículo 1º. "la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social", con delegación en el PEN de facultades en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2020.

El Decreto Nro. 260, del 12 de marzo de 2020, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el COVID-19, por el plazo de UN (1) año.

§ 3.7.3 Respuesta del Derecho Concursal a la Emergencia de 2002

Se trató de profunda crisis económica, pero de alcance local, que fuera declarada para la "materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria" por la ley 25561, del 06/01/2002.

Durante la crisis del 2002, fueron dictadas varias leyes de emergencia dirigidas en el aspecto concursal a prorrogar los períodos de exclusividad de los concursos preventivos, el cumplimiento de los acuerdos homologados, y suspender las declaraciones de quiebras. Así las leyes 25561, 25563, y, más específicamente, la ley 25589 que produjo un corte al perfil teleológico neoliberal y globalizador con que la ley 24522 fuera concebida y sancionada. Por otra parte esta teleología no fue privativa, en su oportunidad, de nuestro derecho concursal sino que se correspondió con las corrientes económico -jurídicas y de pensamiento de la época.

Resultado de la legislación de emergencia se introdujeron reformas al APE que, de un instrumento teórico, fue investido de una

240 Sancionada el 06/01/2002, a los fines de regular la crisis del año 2002, inicialmente por dos años, fue objeto de sucesivas prórrogas rigiendo por 16 años, hasta fines del 2017.

inusitada virtualidad jurídica con la cual se administraron muchos de las insolvencias que anunciaban declaraciones de quiebras en cascada, al no exigirse la instrumentación por todos los acreedores con flexibilidad de requisitos y extrajudicialidad en esa etapa, pero sí contemplarse una oponibilidad a todos los acreedores aún cuando no hubieren participado en el mismo, oponibilidad y efectos, una vez homologado, equiparable a la del acuerdo homologado como resultado del trámite de un concurso preventivo.

Asimismo se proveyó al juez de especiales facultades homologatorias traducidas en el llamado "cramdown power" del artículo 52, inc. 2º. LCQ, que le permite la imposición del acuerdo cuando no se alcanzaren las mayorías legalmente requeridas y dentro de determinadas condiciones. También se introdujo con la misma el deber expreso de no proceder a homologar propuestas abusivas o en fraude a la ley, art. 52, inc. 4º. LCQ, aún cuando pueda resultar inverosímil que la reforma haya debido preverlo en forma expresa. Inclusive el primer y tibio reconocimiento de la "petición" de trabajadores y acreedores laborales de la fallida organizados bajo la forma de una cooperativa de trabajo, aún en formación (art. 189 y concordantes LCQ).

Se crearon entonces soluciones ad hoc, se introdujo el régimen del "esfuerzo compartido", un instituto de emergencia de alguna manera creado para la circunstancia, en cuya base se encontraba la esencia de la figura de la imprevisión, pero con una solución impartida por la ley, en particular respecto de obligaciones en moneda extranjera (Decreto 214/2002).

Dentro de estas soluciones "ad hoc" para la emergencia la reforma de la ley 25589 incluyó institutos, como los mencionados, que perduraron y cambiaron el cariz de la ley 24522 en muchos aspectos.

Hemos asistido al sintomático y recurrente recurso a la modificación de la ley concursal como pretendido intento de paliar una crisis cuya probabilidad de solución mediante normas jurídicas es nula, aportando en todos los casos excusas con las que se intenta justificar la introducción de modificaciones que muchas veces responden a exigencias de intereses ajenos a la materia estrictamente concursal

y, por lo tanto injustificables.

Proyectos Legislativos.

Así es como se encuentran o se encontraron en trámite más de diez proyectos de modificación de la ley concursal, muchos de los cuales responden a la atención de intereses cuya tutela no se encuentra justificada.

Resultaría inerte una respuesta concursal de la ley vigente contemplada para tiempos de crisis corrientes, a la crisis endémica y generalizada a la que asistimos, con cesación de pagos que involucra no sólo al deudor sino también a los acreedores, trabajadores e interés general todos actores del escenario concursal.

El torbellino de la crisis parece propiciar todo tipo de iniciativa, pero por supuesto, no la justifica.

Más allá de la teoría, la realidad requiere imperativamente soluciones, las que deberá ofrecer en todo caso un derecho concursal "de emergencia", con la menor impronta de figuras concursales que no tengan relación directa con la crisis pandémica

En estos momentos se encuentran en tratamiento diversos proyectos de reformas a la normativa concursal, que, sin embargo no tienen relación directa con la regulación de la pandemia, ni la situación de emergencia.

Entre ellos se proponen reformas al **APE** en el sentido de aportarle mayor transparencia e información en lo contable, y evitar la imposición del acuerdo a acreedores omitidos por el apista mediante su notificación personal, no operando respecto de ellos la notificación por edictos.

Hay tres proyectos que coinciden en otorgar mayores facultades al juez del concurso para imponer el acuerdo en pos del salvataje de la empresa, y la conservación de la fuente de trabajo.

Existe un proyecto para facilitar la solución preventiva de los **deudores por créditos UVA.**

Otro que autoriza al concursado a tomar **crédito para financiar su capital de trabajo**, concediendo al dador de crédito la preferencia

de los acreedores del concurso, art. 240 LCQ.

Poder Judicial

De momento, la feria judicial con sus excepciones vigente, opera en los hechos como prórroga de los procesos y/o suspensión de declaraciones de quiebra, lo cual, si bien puede neutralizar los efectos de la dinámica judicial, atenta contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 CN) y demás reconocidas por tratados internacionales algunos de ellos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), sin encontrar justificación en las graves circunstancias de la pandemia. Esto atento las diferencias que pueden derivarse del tratamiento de los casos vía intentos exitosos o fracasos de los pedidos de habilitaciones de feria.

Se han ido dictando fallos con habilitaciones de feria con criterio muy restrictivo.

Se han concedido aperturas concursales en algún caso a fin de evitar la resolución contractual.

En autos, "Multiacero S.A. s/Concurso Preventivo", el 01/06/2020, el Juzgado Nacional en lo Comercial No.18 rechazó un medida cautelar autosatisfactiva por la cual se procuraba la suspensión de vencimiento de las cuotas concordatarias, lo cual se resolvió debe ser decidido no en el contexto de un juicio como el sub lite, sino por una ley del Congreso o Decreto Presidencial (con posterior ratificación) de alcance general. El Juzgado entendió que sin desconocer la grave situación que genera el aislamiento para el desenvolvimiento de las empresas y la especial coyuntura actual, no se podía acceder a la medida cautelar solicitada, so riesgo de "legislar" en un expediente.

Se reconoció que la situación es dificultosa no sólo para el deudor, sino también para los acreedores, que también tendrán que hacer frente a sus necesidades y obligaciones.

Resolución 480/20, SCBA, publicada el 30/04/2020, su artículo 6°: Mediando petición de parte, los órganos judiciales podrán autorizar, en atención a las circunstancias y según su sana discreción, el uso de herramientas tecnológicas accesibles para la realización

a distancia de actos procesales que de otro modo pudieran verse impedidos. Los órganos judiciales podrán ordenar la realización de actos procesales de cuya suspensión o postergación pudiera derivarse un grave perjuicio a derechos fundamentales, a practicarse mediante el uso de las herramientas tecnológicas disponibles.

Caso Vicentin de Santa Fe, Reconquista, trascendió la verificación de créditos no presencial con reglamento elaborado por la sindicatura junto a la verificación presencial, y el acceso a la información mediante página web durante el proceso verificatorio, haciendo posible la presentación de observaciones e impugnaciones de modo virtual.

El entendimiento de que el escrito no sólo puede ser materializado en soporte papel, sino que admite con soporte electrónico con correlato en las normas de los Códigos Procesales inclusive. En Pcia de Bs. As. hemos propuesto con éxito la verificación mediante digitalización y envío al domicilio electrónico de la Sindicatura. Luego es necesario hacer públicas las mismas a los fines de posibilitar las impugnaciones y observaciones del deudor y los acreedores peticionantes, y también el derecho de información que la ley le reconoce a los trabajadores de la concursada.

Derecho Comparado.

En el Derecho Comparado se han dictado normas con relación a la pandemia, particularmente concursales, se dictaron normas comunitarias, y también algunas normas que exceden la regulación puntual de la emergencia[241].

Así España mediante normas "refundidas" estableció la suspensión hasta fin de año de la obligación que pesa sobre administradores de presentar el concurso necesario, de modo similar a como lo establecieran Alemania, Francia e Italia, sin impedir a su vez el acceso voluntario al concurso preventivo.

Asimismo se dispusieron las suspensiones por igual período de la presentación de concursos necesarios o pedidos de quiebra por acreedor.

241 España introdujo una "refundición" de la ley 22/2003 que multiplicó su articulado varias veces.

España asimismo por su Decreto Real 20/2020 autorizó la renegociación de los acuerdos preventivos con las mayorías con que habían sido otorgados originariamente.

Se ha ponderado como muy pragmática la legislación de emergencia de Colombia y de Perú, dentro de las más cercanas.

Colombia con la creación de sistema específico para micro, pequeñas y medianas empresas, menos carga procesal, mayor flexibilidad de propuestas de acuerdo.

En el caso peruano se habrían introducido procedimientos simplificados, acelerados, con sistema de mediación, arbitraje.

§ 3.7.4 Necesidad de reforma. Respuesta a la emergencia

Se ha coincidido en la inoportunidad de una reforma concursal de fondo en tiempos de emergencia.

Se han reclamado instrumentos preventivos, anticipación del presupuesto objetivo, acceso a soluciones simplificadas, herramientas anticipatorias.

Los procesos judiciales contemplados: concurso preventivo y quiebra, son particularmente inadecuados para los casos que no alcanzan dimensiones considerables, por los costos, tiempos y complejidad que involucran. Asimismo, para los asuntos de importancia económica el tiempo y condiciones en que se desarrollan tampoco da respuesta adecuada.

Se indican como obstáculos puntuales en el marco de la crisis pandémica el período inhibitorio del art. 59 LCQ, se plantea la posibilidad de renegociación de los acuerdos homologados en etapa de cumplimiento, la facultad homologatoria del juez con cramdown con límites menores que ¾ partes de acreedores (lo cual es una mayoría agravada especialmente dispuesta para el caso de no haberse reunido las mayorías legales para declarar la existencia de acuerdo, entre otras condiciones).

Una quiebra demasiado benevolente para el deudor, con un esquema de fresh start (Bankruptcy Code), puede resultar eficiente en

el derecho norteamericano, pero muy inocua en el nuestro, en que es evidente la proliferación de quiebras clausuradas sin activos, y muy magros los dividendos obtenidos por liquidación de bienes desapoderados, mostrando la liviandad con que son aplicadas normas diseñadas para instituciones que funcionan con efectividad y un sistema jurídico ostensiblemente más severo.

Nuestro sistema que ha obstaculizado la procedencia y resultados de las acciones de recomposición, con omisión de la aplicación de las acciones penales previstas y la inadecuación de las mismas inclusive produce la proliferación de quiebras "de papel" o "virtuales".

En estas condiciones la quiebra configurada en la ley concursal plasma en forma conjunta lo mejor de dos sistemas jurídicos que funcionan en forma muy diversa.

No tenemos concurso necesario, ni siquiera está regulado como deber el concursamiento preventivo con plazo en forma expresa.

Denunciada que fuera reiteradamente la necesidad de simplificar el procedimiento, la creación de herramientas accesibles, hoy carecemos de mecanismos adecuados al alcance de las víctimas de la crisis, los actores de la economía, y hoy en consecuencia el derecho concursal tampoco tiene respuesta, aún desde antes de la emergencia.

El sistema deja desamparado al consumidor, al pequeño y aún al mediano empresario.

La respuesta sólo podría derivarse de normas concursales de emergencia, un "derecho concursal de la emergencia", en cuyo marco parecería plausible una norma que extendiera los plazos de los procesos y también de los vencimientos en general por unos meses, permitiendo la refinanciación de las deudas, y una administración del conflicto de modo de evitar el colapso de la justicia.

La crisis económica que arrastramos y profundizamos, la crisis de las instituciones, entre ellas la justicia, conspira contra la efectividad y eficacia del proceso judicial y del administrativo.

La aplicación de las normas vigentes, desde los operadores del

derecho, incluyendo por supuesto el sistema judicial.

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), establecieron el marco de resolución de la insolvencia aspirando a la rapidez y eficiencia, tomando como modelo el procedimiento del Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos, regulando la segunda oportunidad con reducción de plazo de condonación de deudas a 3 años, mejorando el contenido relativo a las pymes sin un capítulo específico dedicado a pymes y especialmente micros y pequeñas empresas, que en Europa representarían el 99,8%. Se dispuso el impulso de la alerta temprana de la insolvencia y acceso a la información; incremento de los marcos de reestructuración preventiva; mayor facilidad para negociaciones sobre los planes de reestructuración; suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración.

§ 3.8 Intervención de sociedades

Por Jorge H. Santi - Bruno O. Santi Taccari. Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

La intervención del órgano de administración de una sociedad siempre es resuelta de manera judicial.

§ 3.8.1 Fundamentos

Recientemente por decreto presidencial 522/20 se dispuso la intervención ejecutiva de la sociedad **"Vicentin"**, en los siguientes términos y alcances: "EL PRESIDENTE DE LA NACION ARGENTINA EN ACUERDO GENERAL DE MINISTROS DECRETA: ARTÍCULO 1º.- Dispónese la intervención transitoria de la sociedad VICENTIN S.A.I.C. (CUIT 30-50095962-9) por un plazo de SESENTA (60) días, con el fin de asegurar la continuidad de las actividades de la empresa, la conservación de los puestos de trabajo y la preservación de sus activos y patrimonio" (sic).

Ello nos obliga a volver sobre el instituto de la intervención societaria.

La intervención de una sociedad puede darse a través de los mecanismos de la ley general de sociedades, y por las causas allí establecidas (art 113 y sig LGSC), o bien por las previstas en la ley concursal, (art 17 LCQ).

En ambos casos, la intervención societaria siempre es dispuesta por un juez (aún incompetente), e implica una modificación en su órgano de administración.

Si se trata de un concurso preventivo, la petición de intervención puede provenir de un acreedor o de la sindicatura (pudiendo agregarse el caso de algún socio disconforme con la administración), y siempre ser resuelta por el Juez concursal.

La única intervención estatal posible (aunque siempre con control judicial mediante), es la dispuesta por los **organismos provinciales de personas jurídicas**. Pero incluso en la situación del art 299 de la LGSC, las normativas provinciales remiten a la aplicación del art 303 de la misma ley.

Nos permitimos recodar un antecedente – salvando las diferencias- y es el proceso concursal de Racing Club de Avellaneda, donde la intervención la dispuso la DPPJ, **a pedido del juez de la quiebra**, por encontrarse ante el supuesto de necesitar quien tutelase los intereses de la fallida, una vez designado el órgano fiduciario.

La intervención del 113 de la LGSC, es una medida cautelar solicitada por el actor conjuntamente a la promoción de la demanda por remoción de administradores.

En el caso del art 17 de la LCyQ, requiere que la actividad potencialmente dañosa para el patrimonio de la concursada la constituyan actos realizados con posterioridad a la apertura del concurso, que importen un peligro para la garantía de los acreedores, y constituye una medida excepcional, ya que este proceso estriba en un acuerdo entre el deudor y sus acreedores. Y nos preguntamos ¿a qué acuerdo serio puede llegar quien no está administrando?

Para concluir esta breve ponencia, y en palabras del maestro Juyent Bas quien ha expresado que fuera de estos casos, un decreto como el dictado, vulneraría lo previsto por el artículo 109 de la CN.

§ 3.9 ¿Es aplicable la ocupación temporánea a empresas? A propósito del caso Vicentín S.A. s/ Concurso

Por Adrián M. Surace y E. Daniel Balonas.Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

PONENCIA

El instituto de la ocupación temporánea de derecho público no permite justificar la "ocupación" de sociedades ni por ende abastece al decreto de intervención. Ello permite colegir que la intervención dispuesta por el dnu 522/2020 carece de fundamento normativo y, en forma general, que nunca puede intervenirse una sociedad sin que ello sea decidido judicialmente (art. 303 LGS, Art. 17 LCQ y normas de los códigos procesales nacionales y provinciales).

§ 3.9.1 Introducción. El caso Vicentin, normas de derecho público de excepción y la función del derecho concursal

El caso Vicentin ha logrado quebrar el foco informativo puesto en la pandemia, la cuarentena y sus consecuencias económicas para la mayoría de los argentinos.

Se ha instalado un debate político, económico y social imprevisto. Como todo debate político, económico y social, este encuentra tierra fértil en la esfera jurídica pues el derecho no es más que la expresión del ordenamiento social y justo -al decir de J.J. Llambías- que nos rige.

En este caso llama la atención la "intervención" del estado en una sociedad comercial con asiento en la Provincia de Santa Fé y mientras se encuentra transitando su concurso preventivo en la jurisdicción provincial.

El DNU 522/20 dispuso: "*Dispónese la intervención transitoria de*

la sociedad VICENTIN S.A.I.C. (CUIT 30-50095962-9) por un plazo de SESENTA (60) días, con el fin de asegurar la continuidad de las actividades de la empresa, la conservación de los puestos de trabajo y la preservación de sus activos y patrimonio".

Acto seguido, el mismo decreto estableció: "*Dispónese la ocupación temporánea anormal de la sociedad VICENTIN S.A.I.C. en los términos de los artículos 57, 59 y 60 de la Ley N° 21.499 por el plazo previsto en el artículo 1°.*

Finalmente, el decreto resuelve que: "*Al finalizar su cometido el Interventor deberá presentar un informe sobre la situación de la sociedad y el resultado de su gestión ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, 2da Nominación de la ciudad de Reconquista, Provincia de Santa Fe, interviniente en el concurso preventivo.*

§ 3.9.2 Algunos interrogantes

Este decreto nos lleva a plantearnos algunos interrogantes que no desarrollaremos en su totalidad, por escapar a la finalidad de este trabajo, en el que solo procuraremos analizar la faceta de la ocupación temporal, aunque no podemos disimularlos:

a) **¿Puede el poder ejecutivo nacional intervenir una sociedad sin ser solicitada dicha intervención al poder judicial? La ley general de sociedades parecería que veda esa posibilidad. Por lo menos el art. 303 de la LGS es claro que la intervención debe ser solicitada al juez del domicilio de la sociedad.**

b) **¿Puede el poder ejecutivo nacional intervenir una sociedad que no fiscaliza? El art. 299 es claro también que la fiscalización estatal permanente corresponde a la autoridad del domicilio de las personas jurídicas.**

c) **¿Puede el poder ejecutivo nacional ocupar temporáneamente una sociedad comercial? ¿Cómo se ocupa una persona jurídica?** Las personas jurídicas se intervienen, no se ocupan. Se ocupan las cosas (o los bienes materiales según

VOLVER A ÍNDICE

la terminología del CCyCN art. 16) que pertenecen a las personas jurídicas. Los bienes inmateriales no serían susceptibles de ocupación.

d) Finalmente, si el Juez del concurso no dispuso la intervención, ¿cuál es el fundamento por el cual la intervención debe informar al juez del concurso?[242]

e) Alcanza como fundamento para decidir una ocupación temporánea con definir la trascendencia económica de una empresa, o al menos debe sostenerse la medida en evidencias concretas de un perjuicio a la economía en caso de "no ocuápación"

Podríamos seguir con los interrogantes que abre el decreto, pero no es el objetivo de este pequeño trabajo criticar la técnica del decreto 520/20. Tampoco lleva como finalidad inmiscuirnos en el debate sobre las facultades de expropiación que tienen el Gobierno o el Estado.

Sólo queremos advertir sobre la preocupación que genera el uso novedoso de institutos jurídicos que claramente han sido pensados para otros supuestos. Sobre todo cuando, como se verá, existe un régimen legal especial que es natural al caso que nos ocupa.

§ 3.9.3 La ocupación temporánea

La ley 21.499, en el ámbito del Derecho Público, estableció hace ya muchos años el instituto[243]. Como puede apreciarse, la ocupación

242 Este interrogante estaría superado por la resolución del magistrado que los convirtió en veedores reconociendo con ello, aunque de modo distinto, la medida.

243 Transcribimos los artículos de la Ley 21499 pertinentes al análisis efectuados.
ARTICULO 57. — Cuando por razones de utilidad pública fuese necesario el uso transitorio de un bien o cosa determinados, muebles o inmuebles, o de una universalidad determinada de ellos, podrá recurrirse a la ocupación temporánea.
ARTICULO 58. — La ocupación temporánea puede responder a una necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita, o a una necesidad normal no inminente.
ARTICULO 59. — La ocupación temporánea anormal, puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa, y no dará lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños o deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres

temporánea reconoce dos variantes, la anormal y la normal.

La normal es aquella que por razones normales (dice la ley) y … *previa declaración legal de utilidad pública, podrá establecerse por avenimiento; de lo contrario deberá ser dispuesta por la autoridad judicial, a requerimiento de la Administración Pública.* Esta forma de ocupación implica indemnización y aplica en ella las disposiciones del procedimiento judicial establecido para el juicio

---

ajenos a los que estrictamente determinaron su ocupación.
ARTICULO 60. — Ninguna ocupación temporánea anormal tendrá mayor duración que el lapso estrictamente necesario para satisfacer la respectiva necesidad.
ARTICULO 61. — La ocupación temporánea por razones normales, previa declaración legal de utilidad pública, podrá establecerse por avenimiento; de lo contrario deberá ser dispuesta por la autoridad judicial, a requerimiento de la Administración Pública.
ARTICULO 62. — La ocupación temporánea normal apareja indemnización, siendo aplicables en subsidio las reglas vigentes en materia de expropiación.
La indemnización a que se refiere el presente artículo comprenderá el valor del uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien o cosa ocupados, como así también el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse necesaria e indispensablemente con motivo de la ocupación.
ARTICULO 63. — El bien ocupado no podrá tener otro destino que el que motivó su ocupación.
ARTICULO 64. — Ninguna ocupación temporánea normal puede durar más de dos años; vencido este lapso, el propietario intimará fehacientemente la devolución del bien. Transcurridos treinta días desde dicha intimación sin que el bien hubiere sido devuelto, el propietario podrá exigir la expropiación del mismo, promoviendo una acción de expropiación irregular.
ARTICULO 65. — El procedimiento judicial establecido para el juicio de expropiación es aplicable, en lo pertinente, al juicio de ocupación temporánea normal.
ARTICULO 66. — Sin conformidad del propietario, el ocupante temporáneo de un bien o cosa no puede alterar la sustancia del mismo ni extraer o separar de éste elementos que lo integren, sin perjuicio del supuesto previsto en el artículo 62, última parte.
ARTICULO 67. — Si la ocupación temporánea afectase a terceros, los derechos de éstos se harán valer sobre el importe de la indemnización.
ARTICULO 68. — Las cuestiones judiciales que promoviese el propietario del bien ocupado están exentas de reclamación administrativa previa.
ARTICULO 69. — La acción del propietario del bien ocupado para exigir el pago de la indemnización prescribe a los cinco años computados desde que el ocupante tomó posesión del bien.
ARTICULO 70. — La acción del propietario del bien ocupado para requerir su devolución prescribe a los cinco años computados desde que el ocupante debió devolver el bien.

de expropiación. Como se dijo, requiere de una ley previa de utilidad pública. Tiene un límite temporal de dos años como máximo.

Claramente no estamos ante el concepto analizado.

Vale decir, estamos en presencia de lo que se llama una ocupación temporánea anormal. Esta se caracteriza por responder a una… *una necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita, o a una necesidad normal no inminente*. Puede ser dispuesta por la autoridad administrativa y no da lugar a indemnización. Esa ocupación debe durar el plazo estrictamente necesario previsto para cumplir el objetivo.

La ley 5708 de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, no tiene prevista esta figura. Sólo hace referencia a los casos de fuerza mayor como incendios, inundaciones, terremotos, epidemia. En estos casos se permite la actuación administrativa para ocupar bienes. Todo hacer pensar que en la Provincia de Buenos Aires este instituto se aplica sobre inmuebles que deben ocuparse transitoriamente para evitar un mal mayor producto de una catastrófe. Este supuesto está regulado en el art. 53. Por ejemplo cabría ocupar un predio si fuese necesario para instalar un hospital de campaña en el marco de la epidemia.

Ambas normas, como ya se sabe, fueron sancionadas en la época de la última dictadura militar. Precisamente no son, como tantas otras, normas que hayan pasado por el debate que impone la democracia. No obstante, en la Provincia de Buenos Aires, no existe un instituto parecido a la ocupación temporánea tal como se expresa en la ley nacional de facto.

En el caso de la provincia de Santa Fé, eje físico del debate, tiene su propia ley de expropiación modificada en el año 2003 y sobre el particular, La Ley 7534 (ley de expropiación de Santa Fé, con las modificaciones de la ley 12.167 del año 2003) establece:

> *Artículo 15.- Puede expropiarse el uso temporal de un bien inmueble y de los demás convenientes o necesarios al fin principal, con el alcance establecido en los arts. 6 y 8, por dos años como máximo.*

En los siguientes casos:

a) cuando el interés general de la ocupación esté vinculado a la construcción o reparación de una obra pública o prestación de un servicio público;

*b) cuando se trate de uno o más establecimientos que se encuentren dentro del activo concursal de empresas declaradas en quie*bra y:

1.- Haya cesado la explotación o que no se haya autorizado judicialmente su continuación; o

2.- Se haya ordenado judicialmente la realización de los bienes de la fallida entre los que se encuentre el o los establecimientos a expropiar; o

3.- No exista, en el proceso falencial, una oferta por la empresa como unidad, que satisfaga el pago de las acreencias y la continuidad laboral de un número significativo de trabajadores; o

4.- Exista un pedido formal de los trabajadores de la fallida que representen las dos terceras partes del personal en actividad a la fecha del cese de la explotación o de la solicitud, o de los trabajadores que tengan créditos laborales verificados respecto de la empresa fallida, quienes deberán constituirse como cooperativa a los fines de la continuidad de la explotación, bajo su responsabilidad, y asumir continuar la misma actividad del establecimiento que se trate;

5.- En todos los casos presenten un programa de explotación del establecimiento en el que se demuestre que existe factibilidad comercial, técnica y económica de continuar o reiniciar las operaciones y que permita a la cooperativa asumir en un plazo razonable el compromiso de

pago de la indemnización por la expropiación. El programa de explotación previsto en el presente inciso deberá estar firmado por él o los profesionales actuantes con la correspondiente certificación de los consejos o colegios de profesionales correspondientes.

6.- Se aceptare judicialmente el monto de la indemnización y la forma de pago propuesta.

7.- Cuando la Provincia asuma el pago parcial o total de la indemnización correspondiente, se conviniere formalmente la manera en que el importe será reembolsado por la Cooperativa a cargo de la explotación, compromiso que tendrá en cuenta la situación presente y futura de la unidad económica. Ocupación temporal de urgencia Por razones de necesidad y urgencia, vinculadas con un peligro grave e inminente para la colectividad que ponga en juego la solidaridad recíproca de los miembros de ésta e impidan toda forma de procedimiento, el titular del Poder Ejecutivo o la autoridad administrativa a quien éste faculte debidamente mediante decreto motivado, puede disponer, bajo su responsabilidad, la ocupación temporal de bienes inmuebles, debiéndose constatar previamente el estado de conservación de los bienes que son objeto de la misma.

Como puede advertirse, la ley provincial –mucho más moderna que la nacional- establece un procedimiento de expropiación temporal bajo determinadas circunstancias. No es tampoco una ocupación temporánea. No podría una ley de la democracia permitir la ocupación temporánea tal como se la visualiza en la ley nacional.

Demás está aclarar que esta expropiación temporal prevista en la ley provincial requiere, para el caso que nos ocupa, la declaración de quiebra unida a otros requisitos, o sea que lo expropiado sería una empresa ya desapoderada por imperio de la Ley.

Ninguno de estos requisitos se cumplen en el caso que nos ocupa. Parecería que a nivel provincial, el pueblo santafecino se pudo dar el debate respecto al uso del instituto expropiatorio. La expropiación transitoria de empresas en la provincia de Santa Fe (la figura más cercana que tenemos en la legislación local respecto al DNU 522/20) establece con meridiana claridad los requisitos para su procedencia.

Y es claro que no procedería su aplicación en las circunstancias en análisis.

§ 3.9.4 Antecedentes de la ocupación temporánea a nivel nacional

Ahora bien, ¿cuántas veces se ha utilizado la figura de la ocupación temporal prevista en la ley nacional?

Tenemos que remontarnos al caso "D. B. M. A. C/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal del 11 de junio de 2014, MJ-JU-M-97536-AR|MJJ97536|MJJ97536

En dicho caso el estado nacional siguió ocupando un inmueble que había alquilado en la ciudad de S.C. de Bariloche luego de vencido el plazo contractual. Desde ya que lo hizo sin el consentimiento del propietario. Ese inmueble era utilizado por una repartición de la ANSES. En el caso, el estado nacional opuso la ocupación temporánea anormal para sostener su ocupación.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dijo lo siguiente:

> "*1.-La carencia edilicia en la que se encuentra el ANSeS para desarrollar su actividad social en la ciudad de Bariloche es producto de su propia negligencia y de ninguna manera justifica la tenencia no ajustada a derecho que realiza sobre el inmueble de la Sra. d B. Habiendo transcurrido más de cuatro años desde que la propiedad debió ser desalojada sin que la locataria haya*

demostrado eficacia alguna respecto de los actos tendientes a reemplazarla, forzoso resulta concluir que el caso de marras no se trata de un supuesto de ocupación temporánea anormal, la que -como se vio- se caracteriza por ser esencialmente transitoria y responder a una necesidad urgente o súbita.

2.-La ocupación temporánea puede ser definida como una limitación a la propiedad en virtud de la cual, por razones de utilidad pública, se sustrae al propietario el uso y goce de un bien o cosa en forma transitoria (Conf. MAIORANO, Jorge L. La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por un obrar legítimo, LL1980-C, 468; art. 57 de la Ley 21.499). La ocupación temporánea normal responde a una necesidad normal no inminente, la ocupación temporánea anormal lo hace respecto de una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita (art. 58 de la ley citada). Ambas se distinguen -entre otros aspectos- en cuanto a su duración. Pues, la ocupación temporánea normal no puede exceder los dos años y la ocupación temporánea anormal queda limitada al tiempo estrictamente necesario para dar satisfacción a la respectiva necesidad (arts. 64 y 60 de Ley 21.499). N.R: Sumarios provistos por la Sala de Jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.)

Al respecto, la ocupación temporánea puede ser definida como una limitación a la propiedad en virtud de la cual, por razones de utilidad pública, se sustrae al propietario el uso y goce de un bien o cosa en forma transitoria (Conf. MAIORANO, Jorge L. "La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por un obrar legítimo", LL1980-C, 468; art.

> *57 de la Ley 21.499).*
>
> *Mientras que la ocupación temporánea normal responde a una necesidad normal no inminente, la ocupación temporánea anormal lo hace respecto de una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita (art. 58 de la ley citada).*
>
> *Asimismo, ambas se distinguen -entre otros aspectos- en cuanto a su duración. Pues, la ocupación temporánea normal no puede exceder los dos años y la ocupación temporánea anormal queda limitada al tiempo estrictamente necesario para dar satisfacción a la respectiva necesidad (arts.64 y 60 de Ley 21.499).*
>
> *6.- El caso en examen no puede ser encuadrado dentro del régimen de ocupación temporánea anormal toda vez que la finalización de un contrato de locación de un inmueble por vencimiento del plazo es claramente previsible para las partes."*

El otro antecedente se remonta al año 2004 pero por un caso de ocupación por parte del Estado Nacional ocurrido entre el año 1979 al año 1987 en la provincia de Mendoza. La ocupación efectuada en aquel momento lo fue para la Brigada Aérea. En este caso se consideró que aquello que comenzó como una ocupación temporánea anormal se transformó en una ocupación anormal.

> *CALAS, JORGE KAMEL C/ ESTADO NACIONAL. Corte Suprema de Justicia de la Nación,* ***Fecha:*** *15 de junio de 2004, MJ-JU-M-7028-AR|MJJ7028|MJJ7028*
>
> *3.-La condena de autos -que se encuentra firme y consentida- debe encuadrarse, dentro de las excepciones al régimen de consolidación de deudas del Estado, según los términos del artículo 1º, último párrafo, de la ley nacional 23.982, que se refiere al pago de las indemnizaciones por ex-*

propiación por causas de utilidad pública. De las constancias de la causa surge que, la ocupación por parte de la Fuerza Aérea Argentina de tierras de propiedad del actor, entre 1979 y 1987, fue calificada como una ocupación temporánea anormal que se continuó en una ocupación temporánea normal. El resarcimiento acordado en autos no constituye un simple crédito del actor frente al Estado Nacional, sino que tiene el mismo carácter jurídico de la indemnización expropiatoria debiendo encuadrarse el caso en la ley nacional 21.499 de Expropiación, por lo que dicho crédito no se encuentra alcanzado por la nacional 23.982 de Consolidación de Deudas. Aun cuando en autos la expropiación no alcanzó a quedar perfeccionada y las circunstancias fácticas fueron subsumidas en la figura de la ocupación temporánea, la estrecha correlación que se verifica entre ambos institutos permite incluir a la reparación otorgada en la especie entre las excepciones que prevé el artículo 1º de la Ley de Consolidación de Deudas. En efecto, además de que la ocupación temporánea se encuentra regulada en la Ley Nacional de Expropiaciones Nº 21.499, si bien aquí no se produce el sacrificio máximo que caracteriza a la expropiación -transmisión del dominio del bien al expropiante-, de todos modos se configura una restricción que recae no sólo sobre lo absoluto sino también sobre el carácter de exclusiva de la propiedad y, durante cierto lapso, el dueño pierde el uso y disfrute de la cosa, lo cual importa una real desmembración -temporaria- del derecho de dominio que merece resarcimiento. (Del dictamen del Procurador Fiscal al que la Corte remite)

Las dos situaciones en análisis tratan sobre bienes inmuebles, susceptibles de ocupación.

Parecería claramente que el instituto de la ocupación temporánea no fue pensado para bienes inmateriales y resulta claramente de excepción, o por lo menos queremos creer que es de excepción. En los contados casos que pueden rastrearse en la jurisprudencia nacional, a su vez, los pronunciamientos judiciales han sido limitativos de los alcances y consecuencias que el poder ejecutivo pretendía darle al uso de esta previsión.

Queda claro que en este marco normativo y jurisprudencial, el DNU 522/20 resulta novedoso y preocupante por cuanto pretende:

a) Utilizar un instituto de excepción.

b) Utilizar un instituto cuyo eje fundamental es la ocupación, sobre un bien inmaterial (sociedad), naturalmente insusceptible de ocupación.

c) Utilizar la ocupación temporánea anormal para intervenir una sociedad y evadir lo dispuesto en el art. 303 LGS o en el Art. 17 de la LCQ.

d) Utilizar la ocupación temporánea anormal para intervenir una sociedad que no se encuentra en la esfera de control de la administración nacional.

e) Utilizar la ocupación temporánea anormal para tomar una empresa provincial en desmedro de las previsiones expropiatorias locales y que consideran específicamente la situación de empresas con dificultades.

§ 3.9.5 ¿Ocupación de una sociedad?

Parece evidente, como venimos diciendo, que una sociedad –en tanto persona- no puede ser "ocupada" como podría serlo un bien.

La sociedad, sabemos, es la propietaria de una empresa –o podría ser más de una-, y la empresa es la suma de un patrimonio compuesto sí por bienes materiales que eventualmente podrían ser "ocupados" con más recursos humanos y recursos de organización.

Parece evidente que la eventual ocupación de los bienes de la empresa no incluye ni a su personal ni a su organización.

Entonces tenemos que lo que en el caso se dispuso fue una intervención –concepto muy distinto de la ocupación, en la que tampoco puede fundarse-.

Dicho así, la intervención carece de sustento, dado que puede verse que el único fundamento normativo del DNU 522/20 es el de la ocupación temporánea, que no resulta aplicable.

La intervención, como tal, siempre debe ser declarada judicialmente, por imperio del Art. 303 de la LGS y del 17 de la LCQ. El Estado no puede escapar de esa regla sin violar el sistema republicano.

§ 3.9.6 Conclusiones

El presente trabajo se ha acotado a analizar el instituto de la ocupación temporánea y su aplicabilidad, o no, en torno a las sociedades. Concluyendo en que no resulta aplicable y eso excede el análisis del caso Vicentín y podemos traducirlo en que la intervención judicial de una sociedad solo puede ser dispuesta por un Juez.

Ante eso, el DNU 522/20, carece de fundamento normativo para disponer la intervención.

Aun cuando hemos esbozado algunas otras cuestiones, por la extensión y finalidad del trabajo optamos por no entrar en el análisis de las demás cuestiones que también pueden resultar más que interesantes.

§ 3.10 Declaración de incompetencia. ¿Impide dictar otras medidas?

Por María Elisa Maydana. Colegio de Abogados de San Isidro

"Ponencia en homenaje y recordatorio del Dr. Horacio Brignole, miembro histórico del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro fallecido recientemente".

PONENCIA

1) **Propender a resguardar la forma republicana de gobierno con respeto absoluto a las normas de la Constitución Nacional, de las Constituciones Provinciales y la normativa dictada en su consecuencia**
2) **Aplicación por parte del poder judicial la prelación de la jerarquía normativa y especialmente la armonización de normas de fondo y de forma.**
3) **Aplicación restrictiva del principio iura novit curia.**

§ 3.10.1 Caso analizado

Estas reflexiones fueron generadas por la Resolución dictada por el Juez que entiende en el Concurso preventivo de VICENTÍN, Resolución que muy posiblemente a la fecha de tratar esta ponencia ya haya tenido cambios originados en los vaivenes propios .

Sin perjuicio de ello, dado la trascendencia de la causa en sí misma, me permito efectuar algunas preguntas y tratar de encontrar respuestas por cuanto el tema ha sido motivo de opiniones controvertidas.

Dejando de lado toda connotación política, aunque exista, intento un abordaje desde el punto de vista estrictamente jurídico.

El cuestionamiento surgió porque ante la presentación efectuada por los integrantes del Directorio de la concursada solicitando se los restituya a sus funciones (habían sido desplazados por el sub interventor) pidiendo en consecuencia declare la inconstitucionalidad del DNU 522/2020 que había ordenado la intervención y pidiendo el otorgamiento de una medida cautelar (que habían denominado innovativa, autosatisfactiva…), el magistrado desde los Considerandos y luego en la parte resolutiva, declara su incompetencia e inmediatamente se pronuncia concediendo una medida con carácter de autosatisfactiva.

Aclaro que no voy a tratar aquí la naturaleza de la medida, si se correspondía con lo solicitado o no, (cuestión que también se debatió) porque ese tema excede el propósito de este trabajo y además porque en rigor considero que está dentro de las facultades del Juez la elección que a su parecer sea la que corresponde, dentro del universo de esas medidas. No estoy de acuerdo con fallar extrapetita como podría ser este caso, pero como dije, no analizaré eso.

§ 3.10.2 Declaración de incompetencia

Ante todo, ubiquemos la regulación de la competencia, la que está dispuesta como una cuestión formal y por lo tanto regulada en los Códigos de Procedimiento, atribución no delegada por las Provincias al Gobierno Nacional (art. 121 C.N.

Destaco a esta altura que la Constitución de la Provincia de Santa Fe en su art. 15 reconoce la inviolabilidad de la propiedad privada, establece mecanismos y requisitos para la expropiación y en sus arts. 25 y 28 promueven y protegen la actividad agropecuaria.

En la Provincia de Santa Fe rige el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial con las reformas introducidas por las leyes 13.151 y 13.615 que establece la división de la competencia territorial, material y personal en Distritos, circuitos, circunscripciones etc. y la ley Orgánica del Poder Judicial N 10.160 del año 1998 que organiza el Poder Judicial y sus atribuciones; En su art. 72, modificado por el art. 1 de la ley 12.997 al referirse a la competencia en razón de la

materia, establece que los jueces entenderán en todos los litigios que **no hayan sido atribuídos** a otro Tribunal, por esa misma ley.

No hay en la ley orgánica mencionada ninguna norma que atribuya el control de constitucionalidad a un órgano en particular. De hecho no podría haberlo, justamente, porque puede ser declarada por cualquier juez.

"Ello es así, en cuanto al tema referido al control jurisdiccional de los actos administrativos y legislativos y a la consiguiente facultad de los jueces para juzgar la validez constitucional de los actos de los demás poderes públicos, toda vez que dicha inconstitucionalidad puede ser declarada por cualquier juez o tribunal pues la primera ley que deben aplicar los tribunales es la Constitución Nacional, ya que así lo ordena el art. 31. Es decir que los jueces deben examinar la ley para aplicarla al caso concreto, tienen en esa función un primer deber, consistente en comparar las normas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta……."Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- FENOCHIETTO- ARAZI- PÁGS. 15/16-Editorial Astrea-Ed. 1993-

Así también explicita el Dr. GOZAÍNI, sobre el tema: "El concepto de Tribunales nacionales y Tribunales provinciales, debemos recordar que el art. 75 inc. 12 de la C. N. los Códigos de fondo no alteran la aplicación de los Códigos de procedimientos locales, correspondiendo a los jueces de cada jurisdicción determinar la respectiva competencia"- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- Osvaldo Alfredo Gozaíni- Ed. La Ley –año 2002-pág.3.

El principio de prevención: La competencia derivada tiene origen en la intervención anterior de un Juez que asumió jurisdicción propia en una causa que se conecta con otra por una relación de interdependencia, subordinación o accesoriedad. La conexidad se configura en los supuestos en que la materia litigiosa, introducida con posterioridad a la radicación de la causa originaria, constituye una prolongación de la misma controversia, de tal suerte que sea menester someterla al tribunal que previno para permitir una continuidad de criterio en la valoración de los hechos y del derecho invocados conforme el principio de perpetuatio jurisdictiones-

"GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO- Obra ya citada- Pág. 29-.

Siguiendo lo dicho, concluimos que la competencia en razón de la materia es de orden público y que es obligación del juez efectuar incluso de oficio el control de constitucionalidad de un tema sometido a su conocimiento. Asímismo que prevalece el principio que ante un nuevo planteo relacionado con la causa en trámite corresponde que se avoque el mismo juez.

Por todo ello, no advirtiendo obstáculo alguno en la legislación provincial y estando facultado y aún obligado cualquier juez a efectuar el control de constitucionalidad, resulta al menos curioso que el magistrado se haya declarado incompetente para resolver el planteo respecto al DNU 522/202 interpuesto.

Concluyo en este punto que las razones esgrimidas por el magistrado para declararse incompetente (que el tratamiento de la constitucionalidad de una norma no está prevista en la L C Y Q, y que en un fallo precedente que en rigor no guarda identidad con la causa , la Corte Nacional ya se había expedido en sentido contrario a que sea el juez concursal quien resuelva sobre el control de constitucionalidad por cuanto no era de contenido patrimonial la presentación y por tanto era ajena al concurso) realmente no se ajustan a derecho y resultan cuanto menos insustentadas.

§ 3.10.3 Segunda cuestión

Si el juez declara su incompetencia para analizar si el DNU cuestionado es violatorio de la Carta Magna, ¿conserva su competencia y jurisdicción para resolver sobre la medida cautelar solicitada, cuyo fundamento es precisamente la legalidad y legitimidad de la norma que la origina?

Obviamente que cuando está firme una declaración de incompetencia, el juez queda inhabilitado para continuar entendiendo en la causa. En el caso que nos ocupa, se da una situación bastante particular ya que no está cuestionada la competencia para continuar entendiendo en el concurso preventivo, sino que hay una declaración de oficio respecto exclusivamente al tratamiento del control de constitucionalidad de una norma dictada por el Poder

ejecutivo Nacional.

Ahora bien, se advierte que el magistrado para avocarse a la medida cautelar solicitada en forma un tanto difusa por los presentantes, ya que parecen confundir cautelar con autosatisfactiva, fundamente la decisión que va a adoptar, en cuestiones netamente patrimoniales- (ver los Considerandos:" *recordar que una de las funciones primordiales del proceso concursal es la preservación de la empresa y de su patrimonio y su continuidad operativa*".

Es decir, para analizar la constitucionalidad del DNU 522 estima que el mismo no es de tinte económico y por lo tanto ajeno a la materia concursal, pero al mismo tiempo para avocarse y resolver la petición como medida autosatisfactiva, que aunque limitada en el tiempo contempla en cierta medida la pretensión de fondo, invoca como preponderante el tema económico y de salvaguarda de la empresa en el marco del concurso.

Por último se advierte que el art. 632 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe determina que "salvo disposición expresa en contrario las resoluciones que se dicten en el Concurso de Acreedores que sean propias del curso regular del mismo son inapelables". Una vez más se abre una contradicción real o aparente o una verdadera colisión de normas entre las disposiciones procesales contenidas en una ley de fondo y la normativa formal provincial, en la que también tiene su colisión interna, ya que las medidas "cautelares" son recurribles.

Concluyendo, estimo que resoluciones judiciales como la analizada, hacen un uso excesivo del principio iura novit curia, se apartan de la obligación de armonizar la normativa a aplicar y auspician una inseguridad jurídica que nada bien hace al mundo del derecho.

§ 3.11 La falta de previsión legal de la renegociación concursal del acuerdo preventivo

Por Marisol Martínez. Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

El acuerdo preventivo homologado carece de la naturaleza de contrato del derecho común. Surgido como consecuencia de la aplicación de mayorías (art.45 y cc LCQ), con efectos novatorios (art. 55 LCQ) y oponibilidad a acreedores concursales no participantes (art. 56 LCQ), legalmente dispuestos, la pretensión de profundizar la gravitación de los efectos del acuerdo sobre los acreedores no sólo carece de sustracto legal, sino que se encuentra reñido con la equidad, y la garantía de igualdad ante la ley (art.16 CN; art. 75 inc 22 CN, y normas convencionales internacionales). En situación de crisis generalizada, el presupuesto concursal fundante de tutela del deudor se neutraliza, hallando contrapeso en paralaela afectación de derechos de los restantes contendientes concursales. Las normas concursales que prevén acuerdos, cierran expresamente la vuelta atrás al proceso concursal que mediante tales figuras se supera (acuerdos (avenimiento art. 227; exclusión de conversión art. 90 y período inhibitorio art. 59).

§ 3.11.1 Desarrollo

En nuestra coyuntura la ley 27541 que declarara la emergencia "económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social", hasta el 31/12/2020, precedió a la crisis integral desatada por la pandemia declarada el 11/03/2020 por la Organización Mundial de la Salud.

Habitualmente asistimos a declaraciones de emergencia por ley, y sucesivas prórrogas, ello ha sucedido durante la mayor parte de este siglo en nuestro medio, lo que pareciera constituir casi una "normalidad".

Es frecuente que la respuesta a las crisis se pretenda dar desde el Derecho Concursal, con normas de emergencia, algunas necesarias y oportunas, pero también con algunas otras inoportunas, y aún algunas decididamente oportunistas.

Las expectativas de modificación de la realidad desde el derecho son tan asiduas, con o sin crisis, como poco realistas, no siendo exclusivo de nuestro medio.

La crisis desatada por la pandemia del COVID 19, fue respondida con modificaciones al derecho concursal en muchos países, entre ellos Alemania, España, Reino Unido, Australia, Francia, Suiza, Turquía, Italia, Singapur, India y Colombia, entre otros.[244]

El Reino de España, modificó (refundió según la expresión hispánica) su legislación concursal a través de Real Decreto-ley 8/2020 (17/03/2020), y del Real Decreto 463 (14/03/2020) disponiendo la suspensión del deber de los administradores de solicitar el concurso dentro de los dos meses de conocida la insolvencia hasta tanto cesara el Estado de Alarma dispuesto precisamente por el Real Decreto 463; no dar curso a los pedidos de concursos necesarios durante el Estado de Alarma y hasta dos meses después de vencido, etc.

En las circunstancias actuales recurrentemente se proponen medidas que tenderían a la administración de las consecuencias de la crisis en que nos vemos inmersos. Entre ellas, la reformulación de los acuerdos homologados en curso de cumplimiento.[245]

La posibilidad de negociar extrajudicialmente el contenido del convenio homologado por el deudor con sus acreedores no encontraría impedimento a priori, con fundamento en el derecho común.

Ello no vincularía de modo alguno a aquellos acreedores con quienes el concursado no hubiese acordado la renegociación, ni podrían ser perjudicados por tales acuerdos, conservando asimismo

244 Lorente, J. A., Noticias sobre la legislación concursal española en la emergencia Covid-19, Abogados.com.ar, Newsletter 13/05/2020.
245 Truffat, E. D., La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia, Abogados.com.ar, Newsletter 29/04/2020. Este autor la califica de "imprescindible" y afirma constituir "una próxima recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal".

éstos la facultad de pedir la quiebra por incumplimiento del acuerdo. Tema aparte merece el debate respecto de la posibilidad de peticionar la quiebra por incumplimiento por parte del acreedor que renegociara con su deudor los términos de su cuota o cuotas concordatarias.

Asimismo, el derecho común contempla un abanico de institutos de emergencia: caso fortuito / fuerza mayor (art. 1730 CCCN); imposibilidad (art. 955 CCCN); imprevisión (art. 1091 CCCN); frustración de la finalidad (art.1090 CCCN); suspensión del cumplimiento (art. 1031 CCCN); tutela preventiva (art. 1032 CCCN); los cuales no se encuentran prima facie excluidos durante esta etapa del procedimiento concursal.

Algunas opiniones expresan la necesidad de unanimidad para toda modificación al acuerdo homologado.[246]

Los derechos de los acreedores fueron decididos por las mayorías dispuestas y el acuerdo impuesto legalmente (art. 56 LCQ), en el contexto concursal bajo el presupuesto del estado de cesación de pagos del deudor.

Frente a una situación de crisis generalizada, el presupuesto fundante se neutraliza.

En dichas circunstancias, la pretensión de profundizar la gravitación de los efectos del acuerdo sobre los acreedores carece de sustracto legal en absoluto, encontrándose reñido con la equidad, y hallando el contrapeso en la afectación de los contendientes concursales como consecuencia de los alcances de la emergencia.

Así es como, aún autores que auspician una normativa sobre renegociación de acuerdos homologados en etapa de cumplimiento dejan a salvo la premisa de concursalidad como socialización del daño emergente de la cesación de pagos, con sacrificio razonablemente compartido y con esfuerzo extra, de ser necesario, sobre el concursado y sus accionistas y no sobre los acreedores, recordando inclusive la enseñanza sobre propuestas írritas que

246 No parecería irrazonable una mayoría de exacta composición a aquella que lograra la existencia del acuerdo.

dejó la crisis del 2002.[247]

El carácter de cosa juzgada de la sentencia homologatoria, sus efectos novatorios y de oponibilidad a todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación concursal, aún disidentes o ausentes, fundamentó el rechazo a la posibilidad de renegociar los términos surgidos del acuerdo homologado, tanto durante la vigencia de la ley 19.551 como de la ley 24.522, exigiéndose como corolario la unanimidad para cualquier variación.

En el caso de España, el Real Decreto-ley 16/2020 (28/04/2020), "de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", dispone, un capítulo II en el que incluye medidas en el ámbito concursal y societario.

Su artículo 8, prevé de modo específico la "Modificación del convenio concursal":

"1. Durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado, podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en período de cumplimiento. A la solicitud deberá acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos.

La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita, cualquiera que sea el número de acreedores. Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación. En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a me-

247 Artículo citado en nota 240.

VOLVER A ÍNDICE

nos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

2. El juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores dentro de los seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

3. Las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pago."

De acuerdo a la Exposición de motivos, la modificación legal atendería una "triple finalidad": mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez, calificando como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos en determinadas condiciones; ...".

Por su parte, la ley de quiebras de España dispondría que la declaración judicial de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos novatorios que sobre los créditos produce la aprobación del convenio, no viéndose entonces afectados los acreedores por las quitas y esperas establecidas en el convenio rescindido.

Esta virtualidad, la desaparición de efectos novatorios, no prevista en nuestro régimen descarta por sí misma la plausibilidad de propuestas de replicar la figura de la renegociación incorporada recientemente por el Real Decreto-ley 16/2020.

La recuperación del crédito originario novado por los efectos del acuerdo homologado por parte de los acreedores redundaría en un contrapeso al poder de imponer una renegociación que readquiriera

el deudor, partiendo de un crédito ya novado como techo.

La hipótesis de revisión contemplada para situaciones de emergencia o excepcionales para los contratos de ninguna manera puede compararse con la pretensión de revisar los términos del acuerdo homologado a la luz de los institutos que avalan la renegociación en el derecho común. Tampoco so pretexto de una renegociación en contexto de emergencia es, sin más, equiparable a una duplicación del trámite concursal, no prevista ni admitida por la ley concursal, ley especial que regula la materia.

El acuerdo obtenido en el concurso implica un acuerdo de voluntades, inclusive si se quisiera ver como resultado de oferta y aceptación, sólo y exclusivamente para los acreedores que votaron positivamente la propuesta –quienes inclusive se ven obligados a expedirse sobre la conformidad o no a una propuesta como consecuencia de la ruptura del statu quo patrimonial que la cesación de pagos de su deudor imprimió a la relación crediticia- . De ninguna manera podría predicarse ello respecto de los acreedores disidentes, tampoco de los ausentes, y sólo una obliteración de la concepción del contrato puede tener por equivalente una situación impuesta por una mayoría legal en una opción (votación) que el acreedor tampoco puede renunciar inocuamente.

La supuesta protección que pudiera buscarse en la ley concursal a las minorías disidentes, podría encontrarse exclusivamente en el supuesto de imposición de acuerdo el art. 52, inc. 2º. LCQ (cramdown power), sobre la base de la no discriminación[248], y, en el resto de la normativa, en cuanto al cumplimiento de recaudos legales de defensa en juicio, publicidad, etc., los cuales, lejos de traducirse en la expresón de la voluntad de parte de la minoría se encuentran relacionados con requisitos de legalidad y transparencia.

Estamos de acuerdo en que el grave contexto puede dejar como única alternativa la quiebra, pero ésta también puede ser sólo una alternativa teórica, ya que nada garantiza a priori que, aún aplicando el mismo régimen de mayorías que ha dado lugar a la existencia de acuerdo (art. 49 LCQ), se obtuviera acuerdo a la

248 El instituto del cramdown power originalmente involucra el concepto de equidad en el derecho norteamericano.

VOLVER A ÍNDICE

propuesta de renegociación o renegociada, ni tampoco que aún obtenido el acuerdo refinanciado, el concursado se encontrara en condiciones de cumplirlo atento la perentoria crisis económico financiera expandida y, particularmente, si una reforma de tal calibre no fuera acompañada de remedios de incidencia directa sobre la patología financiera del concursado o su empresa.

Inclusive el formato de quiebra vigente, producto de sucesivas reformas de la ley 24522, en particular de la reforma que la ley 26684 le imprimiera en el año 2011, no es ya una instancia meramente liquidatoria sino una alternativa a la protección de la fuente de trabajo y de la empresa económicamente viable (arts. 189; 190; 191 y concordantes de la ley 24522), todos remedios justamente para situaciones en que la empresa "mereciera" (como debían merecer la homologación los acuerdos en la ley 19551), el salvataje que representa, nada menos, una imposición legal a los acreedores de renegociar nuevamente el acuerdo con su deudor.

Ninguna de las situaciones es ponderable ni elegible, mucho menos en abstracto, pero se trata de las herramientas que la ley positiva vigente contiene.

Normas como la del artículo 227 de la ley 24522, que regula los efectos del avenimiento –modalidad de "acuerdo" en la quiebra-, dejan en claro: "Efectos del avenimiento. El avenimiento hace cesar todos los efectos patrimoniales de la quiebra. No obstante, mantienen su validez los actos cumplidos hasta entonces por el síndico o los coadministradores**. La falta de cumplimiento de los acuerdos que el deudor haya realizado para obtener las conformidades, no autoriza la reapertura del concurso**, sin perjuicio de que el interesado pueda requerir la formación de uno nuevo."

Es decir que el sistema sostiene en forma implícita una inexpugnabilidad de los acuerdos celebrados en el marco de procesos o tipos procesales concursales, y por medio de los cuales son superadas las posiciones crediticias originarias del deudor frente a sus acreedores. Un estado de cosas al que se arriba mediante un complejo conjunto de actos y trámites, y composición de voluntades e intereses involucrados, llegado el cual y salido entonces del marco concursal en todos los casos, no se compadece la regulación positi-

va vigente con una vuelta atrás a las condiciones que se superaran.

La nueva regulación "ad hoc" de la pandemia, española, deja a salvo: "...afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación". Asimismo, contempla los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y "aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos".

Esto dentro de un marco especial de una ley concursal distinta, con recaudos particulares, en un trámite como de nuevo concurso, sin efecto novatorio del acuerdo que se renegocia, etc. todo lo cual no es sin más trasladable a nuestro sistema concursal.

No se encuentra prevista en nuestra normativa la conversión en concurso preventivo (art. 90 y concordantes LCQ) de la quiebra decretada por incumplimiento del concurso preventivo en concurso preventivo. Asimismo, el período inhibitorio previsto por el art. 59 LCQ excluye la posibilidad de petición de nuevo concurso encontrándose en etapa de cumplimiento otro concurso.

§ 3.12 Los acuerdos preventivos bajo el signo del COVID 19

Por Celina Pavese. Colegio de Abogados de Morón

PONENCIA

Se propone adecuar los términos de los acuerdos preventivos en atención a las circunstancias extraordinarias que se están viviendo con motivo de la pandemia del COVID 19 teniendo como base la teoría de la imprevisión.

§ 3.12.1 Introducción

Estamos viviendo un momento difícil y a la vez extraordinario en el que un virus ha puesto en jaque a todo el planeta.Nuestra generación, exceptuando algunos testigos centenarios de la gripe española contemporánea de la primera guerra mundial – a pesar que algunas enfermedades como el VIH/sida, H1N1 (Gripe A) hace once años atrás, el Ébola, el síndrome respiratorio agudo grave (SARS) o el síndrome respiratorio de medio oriente- hicieron sentir sus cimbronazos en varias partes del mundo. A nivel local y más lejano en el tiempo, se puede señalar la fiebre amarilla, el cólera y la viruela de finales del siglo XIX, la mencionada gripe española y la polio del siglo XX las cuales, especialmente las primeras, trajeron cambios en la estructura económica y social en nuestro país. Pero, insisto, ninguna otra -por su grado de contagio y la falta de suficiente infraestructura sanitaria- nos hizo sentir el miedo de los tiempos de la peste negra durante la cual Europa perdió por lo menos un tercio de su población: 25 millones de personas sobre un total de 75 millones. Es más, algunos investigadores que se dedican a estudiar la Historia de la -Salud pública manifestaron que nunca había estudiado una epidemia que frenara al mundo como lo está frenando esta pandemia. Ni tampoco que se hubiera desarrollado de manera tan armónica y casi paralelamente que provoque que la mayoría del mundo esté en cuarentena.

§ 3.12.2 Medidas preventivas

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus como pandemia luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países. En atención a ello, nuestro país, el 19/03/2020, a través del decreto 297/2020[249] determinó el aislamiento social preventivo y obligatorio durante el cual todas las personas deberían permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encontrasen y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo. Motivo por el cual, todo el aparato productivo de la Argentina quedó paralizado a excepción de aquellas actividades consideradas esenciales. Se cerraron las fronteras, y se continuó prorrogando la fecha de terminación de la cuarentena, permitiendo la realización de actividades discriminado en esenciales de las que no y en función al nivel alcanzado de contagio en un lugar y tiempo determinado.

§ 3.12.3 Consecuencias

El coronavirus, factor que determinó el aislamiento social preventivo, trajo como consecuencia, una agravación de la crisis económica que ya se venía arrastrando de tiempo atrás, dando lugar a que todo el aparato productivo de la Argentina quedase paralizado a excepción de aquellas actividades consideradas esenciales. En efecto, la inesperada crisis del COVID 19 colocó a la actividad económica en modo pausa: Desde entonces, las fábricas -salvo la de producción de productos esenciales- no están abiertas; la mayoría de los comercios están cerrados y los que están abiertos lo hacen en horarios reducidos, y tampoco venden como esperaban. El mantenimiento del stock de los productos se hace cuesta arriba. ¡Ni hablar del pago de las facturas de los servicios! También, sucede que muchos de los micro y pequeños empresarios que alquilan no pueden pagar a sus locadores, ni a los empleados, ni a sus proveedores, con lo que esto último conlleva:

249 https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320.

el cierre de centenares de empresas y por ende la pérdida de otros tantos puestos de trabajo. En síntesis, pocas veces se observó con tanta claridad el efecto dominó como en esta circunstancia.

§ 3.12.4 Planteo del problema

A raíz de lo expresado anteriormente, y atención a que una empresa no solo tiene un valor económico, sino también -desde la nueva mirada del Código Civil y comercial-, un valor moral como generadora de trabajo, y como agente del mantenimiento de la paz social, resulta necesario la búsqueda de herramientas legales que posibiliten su conservación y superar de este modo la crisis.

Los acuerdos preventivos extrajudiciales, los acuerdos preventivos extrajudiciales homologables, como el concurso preventivo son remedios que tienen por fin la superación de dificultades económico- financieras o el estado de cesación de pagos a través de la búsqueda de acuerdo entre el deudor y sus acreedores. Podemos describir a los primeros como un acuerdo preventivo de naturaleza contractual, mediante el cual el deudor lo efectúa con todos o partes de acreedores. Se caracteriza por la libertad de contenido sin otros límites que los genéricos de licitud, posibilidad y prohibición de fraude a los restantes acreedores. No requieren unanimidad, ni mayorías predeterminadas. Exige obligatoriedad de sus efectos y se encuentra circunscripto al deudor y los acreedores firmantes[250]. Su fin radica esencialmente en superar la crisis. Luego, nos encontramos con los acuerdos preventivos homologables (Arts. 72 al 76 de la Ley 24.522-LCQ), que se trata de un concurso preventivo abreviado, cuya principal Características es que son formales y que para su homologación se debe cumplimentar los siguientes requisitos: Documentación certificada por contador público, registración contable sobre activos y pasivos del deudor, conformidad de acreedores; publicidad que posibilita oposición y tiene efecto sobre todos los acreedores quirografarios aunque no lo hayan firmado. La finalidad de este acuerdo consiste la superación de la crisis de una forma más ágil que en un concurso preventivo.

250 Rouillon, A. Régimen de Concursos y quiebras. Ley 24.522. Complementaria del Código Civil y Comercial. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2015.

Por último, la ley 24.522 ofrece el concurso preventivo, que, a diferencia del acuerdo preventivo homologable, es un proceso judicial más largo que también tiende a lograr la reestructuración de los pasivos del deudor a través de un acuerdo preventivo que requiere el consentimiento de la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo del capital computable dentro de cada categoría de acreedores. El concurso preventivo también prevé la posibilidad para el deudor de presentar propuestas a sus acreedores privilegiados.

Como en el APE homologable si se logra la homologación del acuerdo, dicho acuerdo se impone al resto de los acreedores que no hubieran dado consentimiento. También podemos señalar que si no se puede lograr un acuerdo, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades por acciones, las cooperativas y aquellas en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte pueden someterse al proceso de salvataje, en el cual la ley 24.522 pone el acento en la empresa para que pueda superar la crisis mediante la concurrencia de interesados en adquirir la misma en proporción al esfuerzo de los acreedores en la renuncia a cobrar sus créditos en el monto y en tiempo correspondiente.

Hasta aquí, hemos mencionado los remedios legales para superar la crisis y evitar la quiebra que es un proceso traumático, que pone el acento en el interés de los acreedores, y que si bien la conversión de la quiebra a concurso y la continuación de la empresa en marcha son procedimientos que intentan preservar la empresa y la fuente de trabajo según fuere el caso, esto es la excepción, ya que tiene un fin liquidatario en miras a satisfacer a los acreedores.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando esos acuerdos logrados se ven imposibilitados de ser cumplidos por parte del deudor debido a la crisis provocada por las disposiciones legales dictadas a consecuencia de la pandemia del COVID 19? ¿Ante dicho incumplimiento se debería dictar, sin más, la quiebra? ¿Con lo que esto implica? ¿No estaríamos frente a un acuerdo de cumplimiento imposible por causa de fuerza mayor?

El artículo 1091 del Código Civil y Comercial nos señala que si un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la

prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia".

Como puede observarse, la teoría de la imprevisión se constituye, ante todo, como un remedio jurídico frente a un contrato que con posterioridad a su celebración se ha desquiciado por circunstancias ajenas a las partes. Entiendo que esta misma teoría podría aplicarse a los acuerdos preventivos, tanto los extrajudiciales y su variante homologable, como así también el acuerdo logrado por el deudor con los acreedores dentro del marco del concurso preventivo judicial, porque siguiendo el planteo del "Dr. Daniel Truffat: "los concordatos no son más que una especie de convenio. que participan de la misma naturaleza jurídica que los contratos –son especies distintas y nada más"[251]. Las mismas constituyen lo que se denomina "convenios de mayorías" celebrados en un ámbito procesal, en donde existe una oferta y una aceptación en la que esta última no exige unanimidad de los sujetos a la que va dirigida la oferta sino las mayorías calificadas por ley, bajo la supervisión estatal (el juez) para asegurar que no se han vulnerado los derechos de las minorías. La homologación, entonces, es una sentencia que hace más sólidos los acuerdos al dar por cumplido con los recaudos de oponibilidad respecto a quienes lo aceptaron.

Entonces el acuerdo preventivo, y en base a lo expuesto anteriormente, es un acto jurídico como el contrato, en que las partes manifiestan su consentimiento para crear y regular relaciones jurídicas patrimoniales, de modo tal que sería factible, en base a la

251 Truffat, Daniel "La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia" https://abogados.com.ar/la-reformulacion-del-concordato-homologado-y-algunas- presuntas-herejias-en-tiempos-de-pandemia/25777.

teoría de la imprevisión, solicitar la adecuación de lo consignado en el acuerdo para ser revisado en atención a la situación imperante en estos momentos por un tiempo limitado, solucionando de este modo, el problema de la inmutabilidad formal de lo acordado, pues solo sería reformable en los propios términos de la propuesta homologada.

§ 3.12.5 Conclusión

La declaración del COVID 19 como pandemia y el consecuente aislamiento social, preventivo y obligatorio debería ser considerados como una alteración extraordinaria de las circunstancias en relación a la celebración y cumplimiento de los acuerdos preventivos extrajudiciales, especialmente los homologables como así también los acuerdos logrados en el concurso preventivo aplicando para ello la teoría de la imprevisión para requerir la adecuación de los mismos en atención a las circunstancias imperantes por un tiempo determinado solucionando de este modo el problema de la inmutabilidad formal de lo acordado, pues solo sería reformable en los propios términos de la propuesta homologada.

§ 3.13 Proceso concursal para las personas humanas que no realizan actividad económica en Mendoza

Por Horacio Pablo Garaguso Instituto de Derecho Comercial de la U.A.A. del Partido de la Costa y del Colegio de Abogados de Mar del Plata

PONENCIA

La ley 9001 de Mendoza en cuanto regula un proceso concursal para las personas humanas que no realizan actividad económica, más allá de lo razonable de lo legislado es inconstitucional.

§ 3.13.1 Fundamentación

La Provincia de Mendoza no ha aguardado que el congreso de la nación regule los concursos de las personas humanas sobre endeudadas que no tienen actividad empresarial o económica y en ausencia del congreso federal ha suplido el vacío legal que a juicio de muchos autores existe en esta materia, posición que no comparto desde que la ley 24522 resuelve todas las hipótesis de insolvencia, incluido el de consumidores o pequeños deudores. El enfoque no parte del derecho del consumidor ya que no es exclusiva para el consumidor sobre endeudado, sino para toda persona humana con dificultades económicas para atender a sus pasivos.

Si se tratara de una materia relacionada con los derechos del consumidor, esta ampliación de la tutela, encontraría respaldo en el sistema constitucional argentino, pero generalizado a cualquier supuesto de persona humana, quebranta la norma categórica del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, a cuyo amparo solo el congreso federal puede legislar sobre la materia de las bancarrotas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado esta cuestión de manera categórica in re: “Carbometal S.A.”, tema que he abordado en ponencias presentadas en encuentros anteriores. Por

su parte tanto la CSJ como la Cámara Nacional de Comercio han ratificado este criterio en autos: "NOEL Y CIA S.A. SU QUIEBRA S/ incidente de distribución de fondo e incidente de apelación" (Microjuris M-J-JU 53573-AR 52573), conforme con ello "la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 12 establece que es el Congreso de la Nación quien tiene facultades exclusivas para legislar en materia de bancarrotas…". Reparemos que en nuestro sistema institucional esa competencia federal no puede ser suplida por las provincias como sí ocurrió con los códigos de fondo hasta que los mismos fueron dictados por el estado federal, pues pese a que por aquel entonces la ley de quiebras se anexaba al código de comercio, hoy no sucede los mismo y tiene una posición como ley especial que se encuentra fuera del ámbito de los códigos fondales.

Es razonable la reforma, pero la razonabilidad del sistema es insuficiente para superar el óbice constitucional. La tendencia de la Corte de Justicia en esta materia es constante pese a la "mayoría automática" y los cambios en su composición provocados de manera regular o irregular por los poderes de turno.

En función a ello estimo prudente la pronta sanción de una ley federal en el ámbito de la defensa del consumidor que resuelva la cuestión de su sobre endeudamiento o insolvencia y en la legislación concursal de un proceso apropiado a los pequeños empresarios deudores, como lo pretendió hace cinco años el proyecto que perdió estado parlamentario tras el cambio de autoridades en 2015/2016.

§ 3.14 El consumidor sobreendeudado. Esbozo de reorganización del pasivo

Por Brenda Agustina D'Ubaldo. Colegio de Abogados de San Martín

PONENCIA

El Estado mantiene una gran deuda hacia los consumidores ya que el Art. 42 CN claramente establece la protección de las relaciones de consumo y que las autoridades deben proveer mecanismos de protección, solución de conflictos y marcos regulatorios a tal fin y que los art. 288 y 289 de la LCQ son insuficientes para abarcar la problemática del consumidor sobreendeudado. En consecuencia debe establecerse una solución donde estos sujetos queden incluidos en la normativa, con un proceso más accesible, con menores costos, mayor protección al crédito del acreedor como así también campañas de educación financiera y una legislación más involucrada en la realidad de crisis socio-económica de los consumidores en nuestro país. En atención a ello se realiza aquí un esbozo de reorganización del pasivo del consumidor sobreendeudado con el fin de contribuir a sumar ideas sobre una problemática extremadamente agravada por la pandemia cuyas consecuencias anómalas se extienden en todas las direcciones.

§ 3.14.1 Introducción

En la actualidad se puede observar un incremento en la cantidad de procesos concursales de personas humanas que llegan a alcanzar un estado de insolvencia generado por actividades no relacionadas a su giro comercial sino que dicho sobreendeudamiento se genera por un consumo excesivo, la toma de crédito de forma desmedida y la poca educación financiera que los consumidores tienen a su disposición.

Ahora bien, *una persona humana sobreendeudada es aquella que*

no puede afrontar con sus ingresos habituales y ordinarios las deudas contraídas por sus relaciones de consumo siendo que el cumplimiento provocaría que no pueda satisfacer las necesidades básicas propias ni de su núcleo familiar. El sobreendeudamiento es un concepto que ya está instalado en nuestro país, como así en sociedades con economías más desarrolladas donde se vislumbra una cultura del consumo creada e instalada por créditos a tasas bajas, facilidad de accesos a productos que si no fuera de esa forma no se podrían obtener al contado, con la característica y pensamiento cultural del "vivir el día a día" y el constante impulso que se genera a través de distintas campañas de marketing.

En Argentina, con sus constantes y cíclicas crisis económicas que arrojan como resultado que un gran porcentaje de personas se encuentren dentro de esta condición, actualmente esta situación se ve agravada por el avance de la pandemia generada por el COVID-19. Muchas personas al ver visto interrumpido o disminuido su ingreso ordinario discontinuaron el pago de los servicios esenciales como ser pago de impuestos, servicios, expensas, etc. lo que va a generar en el mediano plazo que aunque se liberen más actividades y las personas puedan ir regularizando sus deudas el sector comercial se vea muy afectado al respecto, significando una perdida en el consumo y a su vez va a haber personas que la situación de sobreendeudamiento ira aumentando por la pérdida de empleo y será mayor la cantidad de deuda tomada.

Las personas toman crédito como una actividad cotidiana y no solo para productos suntuarios sino que también para elementos de carácter básico como alimentos, es así que, por este motivo y por la falta de información financiera que posee el consumidor es que el crédito se termina confundiendo como una parte del ingreso distorsionando así su concepto y generando el sobreendeudamiento del consumidor cuando este no puede afrontar las deudas provocadas por sus relaciones de consumo. El art. 42 de nuestra Constitución Nacional establece que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a

la protección de esos derechos, a la educación para el consumo…" la cuestión a analizar aquí es si efectivamente el Estado proporciona dichas herramientas de conocimiento y educación respecto las relaciones de consumo y tomas de crédito, he aquí que las consecuencias de la falta de información nos hace encontrar casos donde se evidencia la relación entre el deudor sobreendeudado cuyo patrimonio merece protección y un acreedor de buena fe que pretende cobrar su crédito.

En especial en la presente ponencia estudiaremos al consumidor sobreendeudado como sujeto que se encuadra en el régimen aplicable a los pequeños concursos y quiebras, la insuficiencia del mencionado régimen para dar una respuesta al problema del sobreendeudamiento del deudor y la necesidad de adecuar un procedimiento que se ajuste a las características propias del sujeto.

§ 3.14.2 Desarrollo

Podemos comenzar el análisis partiendo de nuestra legislación positiva vigente siendo la Ley de Concursos y Quiebras, en especial lo establecido en el Titulo IV, Capitulo IV, artículos 288 y 289: «DE LOS PEQUEÑOS CONCURSOS Y QUIEBRAS» sin embargo podemos observar que el procedimiento establecido en esta norma no brinda un proceso con diferencias significativas respecto al trámite de los concursos aplicable a grandes empresas no otorgando dicho procedimiento herramientas accesibles para los consumidores.

§ 3.14.2.1 Análisis de los artículos 288 y 289 LCQ

Para realizar un análisis detallado de nuestra legislación comenzaremos con el Art. 288 el cual establece las características de los pequeños concursos y quiebras siendo este: a) Que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos vitales y móviles.2. Que el proceso no presente más de veinte 20) acreedores quirografarios.3. Que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial. El art. 289 reza el régimen aplicable de dichos procedimientos, siendo este no necesario la pre-

sentación de un estado de situación patrimonial actualizado a la fecha de su presentación suscripto por contador público nacional ni acompañar nómina de acreedores ni legajo por cada acreedor con el fin de abaratar los costos del proceso. Tampoco será necesaria la constitución de un comité de acreedores siendo el síndico el contralor del cumplimiento del acuerdo y no regirá el régimen del art. 48 LCQ.

Siendo que este sistema tiene ventajas que no hay que omitir, a pesar de ello, sigue siendo un procedimiento complejo y de difícil acceso para el consumidor sobreendeudado, por lo que se desprende la pregunta ¿Dicho sujeto no deben ser rescatados? Se ve que no se consideró en este supuesto la realidad socioeconómica de nuestro país, donde gran parte del movimiento económico se ve impulsado por las pequeñas empresas, consumidores y pequeños proveedores autónomos o monotributistas, por eso coincido con gran parte de la doctrina que no comprende porque estos sujetos ya mencionados incluidos dentro del proceso de "pequeños concursos y quiebras" no resultan alcanzados por este instituto y son condenadas a la quiebra si fracasa su propuesta.

§ 3.14.2.2 El estado de cesación de pagos

Otra diferencia que podemos encontrar que aleja al consumidor sobreendeudado de la Ley de Concursos y Quiebras es que al hablar de un sobreendeudamiento estamos partiendo de un presupuesto base que no significa el no poder afrontar sus deudas previas no vinculadas a un giro comercial sino que además incluye, como lo indica la definición mencionada en la introducción, que ante la posibilidad de hacerse cargo de esas deudas traería como consecuencia que la persona no pueda hacer frente a sus necesidades básicas ni a las de su núcleo familiar discrepando de esta forma con el elemento objetivo de la LCQ para la apertura de los procedimientos que establece la Ley 24.522 que se refiere a la crisis o el ahogo económico financiero que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones, esto es que el deudor no pueda cumplir regularmente con sus deudas, el estado de cesación de pagos.

§ 3.14.3 Conclusión

Luego del análisis de los artículos de nuestra normativa vigente se puede ver la deuda que tiene el Estado hacia los consumidores ya que el Art. 42 CN claramente establece la protección de las relaciones de consumo y que las autoridades deben proveer mecanismos de protección, solución de conflictos y marcos regulatorios a tal fin y que los art. 288 y 289 de la LCQ son insuficientes para abarcar la problemática del consumidor sobreendeudado. En consecuencia debe establecerse una solución donde estos sujetos queden incluidos en la normativa, con un proceso más accesible, con menores costos, mayor protección al crédito del acreedor como así también campañas de educación financiera y una legislación más involucrada en la realidad de crisis socio-económica de los consumidores en nuestro país.

Al agrupar distintos sujetos dentro de un mismo proceso, hacer de ello una unidad, deja a la vista las grandes diferencias que hay entre los agentes y que las soluciones deben ser distintas ya que someter a un consumidor a un procedimiento que se utiliza para reactivar a grandes empresas genera demoras y con eso una pérdida de dinero desproporcionada al capital afectado, negarle un acceso a un procedimiento adecuado significa negarle volver a reactivarse adecuadamente.

Considerando esto, proponemos un sistema alejado de la Ley de Concursos y Quiebras en el cual el sujeto realice la presentación judicial readecuándose al caso los requisitos del art 11 LCQ, deberá también el deudor en esa presentación decir fundadamente cómo propone pagar la deuda; un síndico que sume a su formación la capacitación en el Derecho del Consumidor; edicto solo en Boletín Oficial en carácter gratuito – recuérdese que el acceso a la justicia del consumidor es gratuita – y notificación por cedula a los acreedores denunciados (por el tipo de sujeto, los acreedores no son tantos). Además de los oficios clásicos de averiguación de activos e inscripción de cautelares, ordenar oficios sin costos para el deudor a fin de establecer la existencia de otros acreedores (por ejemplo entidades financieras, Cámaras de los distintos fueros, si es trabajador en relación de dependencia, al empleador para conocer si existen embargos de salario y/o descuentos con códigos

de descuento, a organismos fiscales, administrativas de control societario, etc. Verificación de créditos y su proceso para establecer el pasivo con un solo informe de la Sindicatura donde se establezca el activo y el informe individual de los créditos, fecha de inicio de cesación de pagos y viabilidad de la reorganización del pasivo. Luego de la sentencia verificatoria, la Sindicatura, en su escritorio o donde ésta establezca según la cantidad de acreedores, debe convocarlos a los fines de arribar a un acuerdo con las mayorías de la ley concursal y considerando el sistema de categorías si fuera necesario. Por su parte, tanto los organismos fiscales como el BCRA deben estar obligados a dictar resolución o comunicación que regulen los requisitos para prestar conformidad a propuestas del consumidor sobreendeudado en procedimiento de reorganización de su pasivo. Para el caso que la Sindicatura informe al Juez la imposibilidad de llegar a un acuerdo, incluyendo cual sería la mejor manera tiene el deudor para cumplir con las acreencias, el Juez debe establecer la forma en la cual el deudor pagará la misma, con la sanción de su liquidación e inhabilitación por dos años y la obligación de realizar la capacitación financiera y de consumo necesaria en el caso.

Por su parte, respecto a las costas del procedimiento, y considerando los principios protectores del consumidor, no estaría el deudor obligado al pago de la tasa de justicia y, respecto a los honorarios profesionales de la sindicatura y letrado, se debería forma un Fondo de Asistencia al Consumidor Sobreendeudado formado, por ejemplo con los dividendos caducos de todos los procesos concursales que actualmente se destinan al Ministerio de Educación.

§ 3.15 Insinuaciones no presenciales en los procesos concursales

Por Roxana Martín. CPA CABA – CPCECABA Y CPCEPBA

PONENCIA

La ponencia tiene como objetivo final ilustrar sobre la necesidad de complementar el expediente electrónico con el pedido de verificación y observaciones por parte del deudor y de los acreedores en forma no presencial, advirtiendo las ventajas que tiene su implementación.

§ 3.15.1 Introducción

A partir de la situación generada por la pandemia de Covid-19, oficialmente declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, cuando el brote de Coronavirus se extendió en ciento diez países afectados, en nuestro país se dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio, por Decreto de Necesidad y Urgencia del PEN 297/2020[252] que tuvo por objeto la protección de la salud pública.

Con fecha 16 de marzo, a través de la Acordada 4/20, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso la feria extraordinaria, paralizando prácticamente toda la actividad del Poder Judicial.

Sin embargo, en cumplimiento de las medidas impuestas por el DNU, y la paralización de gran parte de la actividad económica y productiva del país, las obligaciones empresarias continuaron devengándose – alquileres, sueldos, impuestos, seguros, etc-, y al no poder hacer frente a dichos pagos con los recursos provenientes del giro normal y habitual de la actividad, comenzaron sucesivos incumplimientos que seguramente continuarán en la medida en que se prolongue esta paralización dispuesta por el Gobierno.

Ante esta situación generalizada cesación de pagos, sostenida

252 DNU 297 del 20 de marzo de 2020

en el tiempo, nos encontraremos no solo con una empresa en insolvencia, sino con una economía general en estado de cesación de pagos.

En nuestro País, si bien hay varios proyectos de Ley para ayudar a las empresas (Grandes, Pymes, Micropymes) y consumidores sobre endeudados, lo cierto es que la única regulación en materia de insolvencia que tenemos es la Ley Concursal con sus tres institutos: Concurso Preventivo, Acuerdo Preventivo Extrajudicial y Quiebra.

§ 3.15.2 La paralización del fuero comercial y la progresiva flexibilización del acceso a los procedimientos

A partir de la Acordada CSJN 4/20, los empleados, funcionaros, magistrados y auxiliares dejaron de concurrir a sus lugares habituales de trabajo, en un contexto en que los Juzgados de la Nación complementaban el expediente electrónico con la presentación de escritos en soporte papel.

Con posterioridad, la Corte Suprema a través de sucesivas acordadas, comenzó a flexibilizar los procesos.

Podemos citar el caso del Concurso Preventivo de Engrama SA[253], en dicho expediente, el magistrado permitió la extensión de los plazos procesales. La concursada solicito la extensión del período de exclusividad por doce meses a disponiendo el magistrado la extensión por seis meses previa vista al síndico, y con la posibilidad de prórroga sujeto a revisión.

En el Caso Multiacero SA s/Concurso Preventivo[254] se solicitó la prórroga de los vencimientos del pago de las cuotas concordatarias, siendo en este caso denegado por el magistrado[255].

253 JUZGADO 5 SEC. 10 Engrama S.A. S/Concurso Preventivo (expediente 5489/2019)

254 JUZGADO 18 SEC. 35 Multiacero SA s/ Concurso Preventivo (expediente 35350/2015)

255 En otros procesos, como el reciente caso Frigorífico Orona SA s/Concurso de Agrupamiento /Concurso del garante art. 68 LCQ /(expediente 6048081, en trámite en la provincia de Mendoza, se dispuso la prorroga del vencimiento del pago de la tercer cuota concordataria por 180 días corridos.

También, durante la feria extraordinario se han presentado varios pedidos de concurso preventivo y algunos pedidos de quiebra[256]

En el caso TRIDENT ante el pedido de apertura de Concurso Preventivo, se desestimó la oposición interpuesta por acreedor a su apertura interpuesta, y en el marco de apertura decidió el magistrado que se realice via zoom la audiencia para el sorteo de Sindicatura Estudio y posponiendo las fechas de insinuación y subsiguientes.

En el caso Green SA S/Megaconcurso[257] se hizo lugar al pedido de reprogramación del cronograma establecido en el auto de apertura de Concurso Preventivo. Se dispuso la necesidad de implementar un modo de verificación no presencial alternativo y no excluyente del tradicional que prescinda del soporte papel.

§ 3.15.3 Situación de los acreedores con vencimiento de insinuaciones durante la feria extraordinaria. Actividad del síndico en materia de verificaciones de créditos

Se desprende que durante el aislamiento social obligatorio los acreedores cuyas insinuaciones han sido fijadas con fecha límite de presentación durante este período, no pudieron ir a presentar sus pedidos de verificación ante la Sindicatura o impugnar los presentados precisamente porque los profesionales en ejercicio de la Sindicatura Concursal no han ido a sus estudios para dicha recepción, ni los abogados para preparar los pedidos y/u observaciones, con lo cual necesariamente creemos que se deberán reprogramar las fechas y anoticiar a los interesados a través de cartas yo edictos.

El mismo criterio, como ha sido desarrollado en el punto anterior, en relación al vencimiento del período de exclusividad que, en situaciones normales, no acompañar las conformidades produce el decreto de quiebra seguramente se abrirá un nuevo período de exclusividad para que el deudor consiga y acompañe las conformidades necesarias para homologar el acuerdo.

256 Algunos han sido denegados y otros abiertos.
257 En trámite por ante el Tercer Juzgado de procesos concursales de la primera circunscripción de la Provincia de Mendoza, Resolución del 17 de junio de 2020.

Durante esta feria extraordinaria, ya en varios expedientes, los magistrados han requerido a la Sindicatura actuante, en la medida que tengan los recursos materiales correspondientes, la presentación de protocolos para ofrecer una vía no presencial de recepción de pedidos de verificación, en algunos casos coexistiendo con el procedimiento presencial.

Podemos citar:

El caso "Claxton Bay SRL.s/Pequeño Concurso que tramita en un Juzgado de Provincia de Buenos Aires (Morón), el Juez le solicito a la Sindicatura que ante el estado de autos y la situación de pandemia informe si posee medios electrónicos para que los acreedores puedan presentar sus insinuaciones en forma digital. La sindicatura informo que podría poner a disposición su correo electrónico personal. El juzgado decidió utilizar el domicilio electrónico que es el cuit de la sindicatura. Por ser un proceso que tramita en Provincia de Buenos Aires cuenta con la firma electrónica a través del token correspondiente.

En el caso Vicentin[258] el magistrado solicito a la sindicatura designada que presente en el expediente escrito informando la manera en que la sindicatura pudiera recibir verificaciones de crédito de manera no presencial; los sindicos propusieron una forma presencial y otra no presencial.

La presencial que incluye dentro de esta la recepción por Correo Postal que deberá ser también presentada con un dispositivo digital y la no presencial a través de un portal creado para el proceso, en el que se deberá completar un formulario y enviando a modo de complemento dos emails generados para el proceso Vicentin y con envío del CBU el importe del arancel, constancia, que deberá también digitalizarse y mandarse con toda la documentación respaldatoria del pedido de verificación.

Por último en el caso Green S/Megaconcurso[259], se autorizó la insinuación en soporte digital a través del portal de servicios judi-

258 Vicentin SAIC S/ Concurso Preventivo. Expediente 21-25023953-7 En trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de la Segunda nominación de Reconquista, Santa Fe.
259 Proceso ya citado que tramita en la Provincia de Mendoza.

ciales del Poder Judicial de Mendoza-Mesa de entradas de escritos digitales (MEED) con un instructivo a dicho efecto, cuya presentación se realizará en un documento PDF generado a partir de un documento de texto no escaneado, y la documentación respaldatoria digitalizada.

Frente a los avances en materia de expediente electrónico y pedidos de verificación no presencial, se ha realizado una interpretación del articulo 32 LCQ y en concordancia con el art. 286 del CCCN, la forma escrita exigida el dicha regulación no alude necesariamente al soporte papel, de manera que nada obsta la presentación en formato digital.

§ 3.15.4 Doctrina, protocolos y soluciones propuestas

Pensando en la flexibilización y reapertura del fuero, teniendo presente los riesgos a que estamos expuestos los profesionales del derecho y los síndicos de Concursos y Quiebras, es urgente comenzar a trabajar en forma remota con expedientes electrónicos y **sin** del soporte papel[260].

En materia de doctrina, algunos autores como el Dr. Claudio Casadio Martinez ha escrito sobre que este aislamiento ha trastocado la vida cotidiana en general con los cierres de colegios, oficinas públicas, y obviamente el impacto que tuvo en el derecho concursal ya que algunos procesos tenían fechas fijadas, como una Audiencia Informativa, y precisamente un proceso concursal se caracteriza porque las etapas se suceden cronológicamente.

Por su parte el Dr. Lucas Abal trató el problema del síndico, entre otros problemas que en la práctica se advierte en el fuero comercial[261]. El autor presentó en relación a la informatización del pe-

260 En este sentido ya varios oficios se envían electrónicamente existiendo en la actualidad varios organismos que reciben los mismos en forma electrónica, pudiendo citar al INPI (Registro de la Propiedad Industrial), Bancos, ya que por Resolución del Banco Central a través de la comunicación 6976 que implementa la posibilidad de recibir via electrónica los oficios judiciales. Dia día se actualiza el listado de organismos que los reciben.

261 Por ejemplo, al solicitar un concurso debe presentarse el formulario 3003 que requiere entrega y retiro en forma presencial, todo esto coloca en situación

dido de verificación algunas sugerencias como crear un incidente y que allí los acreedores puedan cargar los pedidos de verificación y transferir a una cuenta judicial el pago del arancel del art. 32. Otra moción fue la sugerencia de programar en el portal del PJN - al lado de causas y notificaciones[262], un apartado de acceso exclusivo para el síndico que diga "verificación de créditos".

Sobre esta base, ha avanzado el Dr. Martín Stolkiner en relación al buzón electrónico de recepción de pedidos de verificación y de observaciones, enumerando un sinfín de ventajas, siendo las mas importantes: evitar el contacto con el soporte papel de los escritos, no poner en riesgo la salud de los profesionales y acreedores, agiliza y economiza el proceso, ya que no deberían trasladarse a la oficina del Sindico para la compulsa, pudiendo observar directamente desde la plataforma y realizar las impugnaciones que estimen pertinentes, se evita el traslado de cajas con legajos y pedidos de verificación al Juzgado, entre otros.

Por último, no podemos dejar de mencionar que el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Comisión en Procesos Concursales, ha confeccionado un protocolo para la recepción de pedidos de verificación, proponiendo a tal fin el envío electrónico a través de un mail y en caso de ser requerido por el profesional sindical tener a la vista alguna documentación en soporte papel que sea insustituible por otro medio, consensuar día hora y lugar de entrega y devolución, procediendo al rociado con productos pertinentes y con compulsa después de las 72 horas de recibido. En todos los supuestos, el pago del importe correspondiente al arancel del art. 32 LCQ a través de transferencias bancarias.

Para hacer efectivo este protocolo será de vital importancia consignar en las cartas a los acreedores y edictos la dirección electrónica y el CBU del profesional.

---

de riesgo en materia de salud. Además de propuestas como por ejemplo que las audiencias informativas y otras que el juzgado sea on line, como la audiencia para el sorteo del síndico.

262 Al momento de presentar su propuesta no existía el apartado correspondiente a oficios, que fue agregado con posterioridad -DEOX-

§ 3.15.5 Conclusión

Sin lugar a dudas, y no solo dentro del marco de la pandemia, el expediente electrónico es una asignatura pendiente.

El trabajo del funcionario concursal es sumamente riesgoso por la manipulación de documentación, y además por la concentración de personas que deben presentar sus pedidos de verificación.

A fin de continuar con el trámite de los procesos concursales, preservando la salud de los profesionales propiciamos la verificación de créditos no presencial, con el excepcional requerimiento por parte de la sindicatura de documentación indispensable para determinar la legalidad de los créditos, sujeto al protocolo correspondiente.

§ 3.16 Verificación de créditos en la pandemia

Por Bruno O. Santi TaccariColegio de Abogados de Azul

PONENCIA

La verificación de créditos es un trámite extrajudicial y presencial, no existiendo –a la fecha- alternativas electrónicas seguras que lo reemplacen a fin de avanzar los trámites concursales.

§ 3.16.1 Fundamentos

Esta es otra de las ponencias realizada a causa de cómo impacta, o cuales son alguno de los efectos en los trámites concursales del aisilamiento social y obligatorio dispuesto a raíz de la pandemia COVID19.

Vamos a imaginar -como ocurre- que el decreto de quiebra (o apertura concursal), y la designación del Síndico hayan acaecido durante este mes de mayo. Es decir, dentro del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto a causa de la pandemia del covid-19. Y que se fijen las fechas para la verificación de los créditos.

Como se expone en la ponencia: La verificación de créditos y todo el trámite posterior hasta la presentación de los informes individuales de los créditos es un trámite presencial, y por fuera de los estrados judiciales, no existiendo en este momento alternativas electrónicas seguras que lo reemplacen, a fin de poder avanzar los trámites concursales, aunque sin dudas que es el puntapié inicial para analizar esa posibilidad

Veamos alguno de los argumentos:

1. La seguridad sanitaria de los intervinientes de este proceso: Que se verá afectada por el trámite presencial entre la sindicatura y los acreedores. Y sobre todo por el manejo y manipulación de la documentación allegada (cotejo de originales y

VOLVER A ÍNDICE

sus copias) y depósito de las copias en el domicilio del síndico.

2. ¿Cómo llegan los acreedores a verificar?: Las limitaciones en la circulación de las personas a nivel Nacional; Provincial y Municipal, generan dificultades en la circulación de los acreedores, que según la mayoría de los casos de concursos dentro del interior de la provincia resultan ser de distintas jurisdicciones.
3. Relacionado a este punto, existen protocolos **diferentes** emanados de los distintos Municipios, en relación a la atención de personas en los estudios contables, como por ejemplo la prohibición de atención a mayores de 65 años, embarazadas, y/o cualquier otra persona con factores de riesgo de acuerdo a lo establecido por el Ministerio de Salud de la Nación. Y como ocurre, un Departamento Judicial del interior puede abarcar distintos municipios con protocolos diferentes y con una distancia de desplazamiento mayor a 150 km.

El proceso de verificación de crédito es extrajudicial y presencial, y en el mismo se exige una actividad de cotejo de documentación irremplazable, por lo que no hay mecanismo digital o electrónico que lo suplante.- Y desde lo sanitario genera un verdadero riesgo para los profesionales y las partes.- Mismo riesgo por los cuales la SCBA y los tribunales han dispensado de exigir la documentación en papel que acercan los letrados, haciéndolos a estos responsables de la autenticidad de las presentaciones.

Los acreedores concurren al domicilio del Síndico a presentar sus pedidos de verificación, llevando la documentación original la que debe ser cotejada minuciosamente, y luego intervenida para evitar entre otras cosas que los títulos originales sigan circulando después del proceso (no habría mecanismos electrónico ni digital que reemplace esto).

Pero he aquí que el proceso de verificación no exige patrocinio letrado obligatorio, como para exigirle algún tipo de responsabilidad profesional en la fehaciencia de la documentación acercada por algún medio electrónico. Tampoco todos los acreedores de concursos pequeños cuentan con esos medios.

Podría decirse que existe la posibilidad de que cada documental original sea previamente certificada por escribano público y luego digitalizada, pero ello sería sumarle un costo al acreedor (vgr. uno de menor cuantía), por lo que no la considero una opción.

Es que, más allá de que el pedido de verificación y su documental puedan canalizarse por algún medio electrónico, la sindicatura no podría emitir válidamente el informe del art 35 de la LC, ni el Juzgado la resolución del art 36 de la LCQ, con lo que no se ganaría tiempo procesal alguno.

Por ello la solución pasaría por:

A) Realizar las publicaciones de ley, en el caso de la quiebra limitada a hacer conocer el estado de quiebra y las previsiones de los incisos 1,3,4,5 y 7 del art.88 LCQ, y en el caso del concurso preventivo a los efectos del art 14 inc 1 de la LCQ.

B) Realizar todos los actos concursales que puedan realizarse electrónicamente (vgr se cumpliría con el art 11 inc 5 LC acompañando la última foja utilizada de los libros contables y societarios).

C) Diferir el proceso de verificación.

§ 3.17 Efectos del concurso en los créditos UVA

Por Pablo E. Arenas. Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

No corresponde encuadrar a los créditos UVA como obligaciones no dinerarias sujetas a la conversión del Art. 19 de la LCQ en caso de presentación en concurso preventivo por parte del deudor tomador del préstamo, ni considerar aquella actualización sujeta a suspensión alguna, continuando la aplicación del índice de ajuste hasta la fecha de efectivo cumplimiento o declaración posterior de quiebra.

§ 3.17.1 Introducción

Como en la historia de Charles Dickens (*Un cuento de Navidad*), nos visita en la actualidad, un viejo y conocido *fantasma de navidades pasadas*: la incorporación de cláusulas de indexación o actualización de deudas en el marco de periodos altamente inflacionarios.

Encontrándose todavía hoy prohibida, como regla general, el establecimiento contractual de cláusulas de indexación de deudas dinerarias, se ha previsto como excepción, la posibilidad de dar créditos y constituir depósitos actualizables por inflación, o por otros índices.

Al mismo tiempo, los índices utilizados para la actualización del capital debido y las cuotas consecuentes, con más el incremento significativo del costo de vida (tarifas de servicios públicos domiciliarios, prepagas, educación privada, canasta básica de alimentos, etc. etc. etc.) han dado lugar a las serias dificultades de repago de aquellos beneficiarios o destinatarios de los créditos hipotecarios actualizables mediante estos sistemas, fenómeno conocido como el de los *"hipotecados UVA"*, con planteos públicos acerca de la desproporción del incremento de las cuotas, y la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones oportunamente asumidas.

También ha motivado algunas presentaciones judiciales a los fines de morigerar los efectos de la actualización[263].

Al complicado escenario se agrega hoy las consecuencias del COVID-19.

En este marco, como contexto general, nos proponemos el estudio de las consecuencias jurídicas que un eventual escenario de insolvencia puede conllevar tanto para deudores como acreedores y terceros involucrados.

§ 3.17.2 Un poco de historia: La convertibilidad, la prohibición de indexar deudas dinerarias y los orígenes de las UVAS y UVIS

Entrevistado por La Nación, explica ESPER[264], que para comprender adecuadamente la problemática debemos comenzar por el dictado de la Ley 23.928 (Ley de Convertibilidad del Austral).

En esta, al tiempo que se disponía una relación cambiaria fija entre la moneda nacional y la estadounidense, a razón de 1 dólar estadounidense por cada 10.000 australes (o posteriormente un Peso convertible), se imponía (y se impone actualmente) la prohibición de aplicar índices de actualización del capital ajustables por inflación.

Esta prohibición, aunque se mantiene vigente, incluso con jurisprudencia reciente de la CSJN[265], ha perdido sentido y

263 Fallo "Dorcazberro" (DORCAZBERRO GUILLERMO ANDRES Y OTROS C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ MEDIDAS CAUTELARES (TRABA/LEVANTAMIENTO) Expte. 115416) dictado por el Juzgado Civil y Comercial n° 6 de Mar del Plata en fecha 29/04/2019.

264 Disponible en https://www.lanacion.com.ar/propiedades/unidades-uvi-y-uva-que-son-y-por-que-existen-nid2102225#:~:text=Hoy%20la%20realidad%20indica%20lo,UVA%20fue%20el%20mismo%3A%20%2414%2C053. Fecha de consulta 12/07/2020.

265 El 20 de abril de 2010, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con los votos de Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi -según su voto-, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni), en los autos *"Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A."*, dejó sin efecto la resolución de la Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmara la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley Nº 25.561, modificatorio del artículo 7 de la Ley Nº 23.928, que prohíbe la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o

actualidad: sentido, porque por un lado los altos índices de inflación experimentados desde la salida de la convertibilidad han hecho insostenible la imposibilidad de indexar las obligaciones en moneda nacional, siendo frecuentemente incorporadas en el ámbito contractual diversas cláusulas de actualización encubiertas; y actualidad, porque por otra parte, y como directa consecuencia de la primera, el propio Estado ha permitido la implementación de mecanismos de actualización ya sea para el otorgamiento de préstamos en el sector privado, como en la emisión de deuda por parte del sector público[266].

En este marco de situación, en 2016 se deciden crear mecanismos de excepción que permitan al sistema bancario prestar dinero y que el mismo se pueda devolver ajustado por inflación o por otro índice. Es así como, después de casi 14 años del dictado del DNU 905/2002, cuando en abril de 2016, apoyado en aquella posibilidad de indexar préstamos dinerarios, el Banco Central emitió una comunicación (A 5945) a través de la cual se creó la UVI como nueva modalidad, tanto para la constitución de depósitos (ahorro) como para el reintegro de préstamos.

Desde su creación, el valor inicial de una UVI equivale a la milésima parte del costo promedio de construcción de un metro cuadrado testigo, por ese entonces, valuada en $14,053 (1000 UVI = 1 metro cuadrado).

Asimismo, se disponía la actualización diaria del valor de la UVI por el CER, basado en el índice de precios al consumidor. Ello por cuanto mientras el índice de precios al consumidor tiene una altísima correlación con el costo de la construcción, sufre menor volatilidad que otros indicadores. Con este instrumento, entonces, 1000 UVI alcanzarían aproximadamente para construir un metro cuadrado testigo en cualquier momento futuro.

repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor

266 Eliminado el sistema de convertibilidad peso-dólar, en 2002 el Poder Ejecutivo emitió el DNU 905/02, que en su artículo 27 establece que los bancos podían prestar y tomar dinero ajustándolo por el índice Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) que, en síntesis, representa a la inflación. Ese decreto, que en 2003 fue ratificado como la ley 25.827, también permitió que el Estado emitiera títulos públicos ajustables por CER.

Por su parte, el BCRA explicaba también que la creación de las UVI significa un beneficio para el ahorrista, puesto que se trata de un instrumento de ahorro protegido de la inflación, similar al ahorro en ladrillos pero accesible para todas las familias independientemente de su poder adquisitivo.

El sistema es bifronte, por un lado permite otorgar préstamos actualizables, por otro, posibilita la constitución de depósitos indexados.

Hasta ese momento, la creación de la UVI avaló el préstamo de dinero ajustado por un índice de inflación apoyado en la posibilidad legal del DNU 905/2002 (índice CER), ratificado por ley 25.827.

Surge luego, una pequeña complicación. En septiembre de 2016, se sanciona la ley 27.271 destinada al fomento de la inversión en vivienda también llamada "Casa de Ahorro", que creó un instrumento de indexación denominado UVI, que era el mismo nombre que el que había creado el Banco Central seis meses antes. Este índice UVI, a diferencia de su homónimo del BCRA, se actualiza mensualmente a través del Índice del Costo de la Construcción (ICC) para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC.

Había entonces dos instrumentos UVI en vigencia: uno, atado al CER (índice de precios) y, otro, al ICC (costo de construcción). Fue así como, para que no existiera este problema de denominaciones similares, el BCRA emitió la comunicación A 6069 en septiembre de 2016, renombró el UVI y pasó a denominarlo UVA desde entonces.

Esta "unidad de valor" sólo rige para las entidades sometidas al régimen del Banco Central y permite indexar tanto créditos hipotecarios como el resto de los productos de un banco, tales como préstamos personales, comerciales, para PYMES, prendarios, así como plazos fijos. Mientras tanto, la UVI continúa siendo la unidad o el instrumento de la ley 27.271 (Casa de ahorro), aplicable para financiar la adquisición, construcción o ampliación de viviendas exclusivamente.

En palabras de la doctrina se explica que, si bien los bancos pueden prestar dinero indexando por UVA o UVI, optaron por el sistema de UVA tal vez en el entendimiento de que se trata de una unidad más

protectora del préstamo bancario, pensando que el índice de la inflación sería más preciso que el de la construcción.

Hoy la realidad indica lo contrario: el valor de una UVA es más bajo que el de una UVI[267].

§ 3.17.3 El desarrollo de los créditos, su actualidad luego de las medidas correctivas que no fueron y un nuevo congelamiento por la Pandemia COVID-19

Los créditos UVA tuvieron un desarrollo explosivo (literalmente), consolidándose durante 2017.

Según un informe especial del Observatorio Económico Social de la Universidad Nacional de Rosario, en términos monetarios, durante 2016 se entregaron 135.956 miles de dólares en préstamos UVA y en el año 2017 ese monto se elevó a 3.161.206 miles de dólares. En el primer trimestre de 2018 el valor fue de U$S 1.624.000 miles de dólares, lo que implica que el crecimiento inter-anual promedio fue del 1.071% para el primer trimestre 2018[268].

En el mismo sentido, también fue explosivo el impacto causado por el desenvolvimiento del crédito y sus amortizaciones en los patrimonios de los tomadores producido por diversas variables micro y macro económicas.

Entre ellas podemos destacar: el mayor incremento del costo de vida producto de la desregulación de tarifas de servicios públicos a partir de 2015; la escalada inflacionaria que no estuvo nunca cercana a los índices esperados y fue en general siempre superior a los incrementos salariales paritarios; y, por último, el impacto producido por la devaluación de mediados de 2018.

Tal fue el impacto, que en Agosto de 2019, una veintena de Bancos firmaron un acuerdo para congelar la actualización de los créditos,

267 Puede accederse a la consulta https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Principales_variables_datos.asp

268 Disponible para su consulta en https://rephip.unr.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/2133/17543/IO44-IE16-%20Creditos%20UVA%20en%20Argentina.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Fecha de consulta 12/07/2020.

lo que se mantendría vigente hasta febrero de 2020.

Es así que, en Diciembre de 2019, apenas asumido el nuevo gobierno, se dicta la Ley 27541 (de Solidaridad Social y Reactivación Productiva), por la cual se dispone en su Art. 60 encomendar al BCRA *"una evaluación sobre el desempeño y las consecuencias del sistema de préstamos UVA para la adquisición de viviendas y los sistemas de planes de ahorro para la adquisición de vehículos automotor, sus consecuencias sociales y económicas"*, y estudiar *"mecanismos para mitigar sus efectos negativos atendiendo al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor"*.

En febrero de 2020, se anuncia la implementación de un mecanismo de convergencia de las cuotas correspondiente a los préstamos hipotecarios -en aplicación del mentado "esfuerzo compartido" entre las entidades financieras y los deudores-, prorrateando el incremento acumulado del congelamiento por el plazo de 12 meses, pretendiendo con ello evitar el salto del 26% en la cuota estimada a partir de febrero y disponiendo además que, en ningún caso, el monto de la cuota podría superar el 35% de los ingresos familiares. Por lo demás, se mantuvo el criterio de actualización sin otras modificaciones, lo que motivó críticas del sector frente a la insuficiencia de las resoluciones adoptadas.

La pandemia fue la emergencia de la emergencia, y generó un nuevo escenario de congelamiento a partir del dictado del DNU 319/2020, propiciando un muy sombrío futuro para la realidad del país en general, y de los "hipotecados UVA" en particular.

Dicen que lo que se congela y descongela, no puede volver a congelarse.

§ 3.17.4 Insolvencia y probables efectos del proceso concursal sobre el sistema de los créditos UVA

No resulta descabellado, a la fecha, pensar en un escenario generalizado de impotencia patrimonial que impida, a los tomadores de créditos UVA, hacer frente a la cancelación de las cuotas de los préstamos oportunamente solicitados una vez descongelada la actualización de sus créditos.

Advertido ello, corresponde analizar los probables efectos que la apertura de un proceso concursal produciría en las relaciones patrimoniales de ese deudor y sus acreedores, concentrándonos en el presente trabajo, en los efectos propios del concurso preventivo sobre el sistema de amortización del capital actualizable[269].

En tal sentido, en lo que aquí respecta, dispone el Art. 19 de la LCQ que: *"Las deudas no dinerarias son convertidas, a todos los fines del concurso, a su valor en moneda de curso legal, al día de la presentación o al del vencimiento, si fuere anterior, a opción del acreedor. Las deudas en moneda extranjera se calculan en moneda de curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto en el artículo 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías".*

La solución dependerá, entonces, de la conceptualización que realicemos de los créditos UVA.

Si partimos de considerar el sistema como un mecanismo de actualización de deudas dinerarias, o si, por el contrario, consideramos que se trata de una deuda de valor (no dineraria en los términos de la LCQ).

Para ello debemos avocarnos al tratamiento que el CCCN realiza de las deudas dinerarias (a partir del Art. 765) y deudas de valor (Art. 772).

En el texto del Código, deuda de dinero es aquella que desde su nacimiento tiene por objeto la entrega de una cierta cantidad de moneda o de signos monetarios determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación (CCCN, Art. 765).

Rige en materia de deuda dineraria el "principio nominalista". Receptado por los Arts. 7 y 10 de la ley 23.928, que fueran luego modificados en aspectos meramente formales por la ley 25.561, y como se ha señalado, rige también la prohibición de indexar o aplicar índices de actualización.

269 Cierto es que otros efectos merecen el estudio particularizado de la cuestión tales como aquellas posturas que sostienen el vencimiento anticipado de plazos frente a la apertura del concurso, incluso en su faz preventiva, o la suspensión de intereses, que en caso de créditos con garantía real no resultarían alcanzados.

Las obligaciones o deudas de valor fueron receptadas y expresamente legisladas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su Art. 772.

Allí se dispone que: *"Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección"*.

A diferencia de las deudas dinerarias, en las que su objeto mediato es la cantidad de dinero a cuyo pago se obligó el deudor (un quantum), en las obligaciones de valor es la utilidad o valor abstractos a los que tiene derecho el acreedor (un quid).

Como consecuencia del distingo, el objeto inmediato o prestación en las obligaciones dinerarias es el dar determinada suma de dinero, en tanto, en las de valor es el dar un valor que satisfaga la utilidad abstracta a la que aspira el acreedor.

Por todo ello, el deudor cumple la obligación dineraria si paga la cantidad de dinero debida, en cambio, si cumple la obligación de valor, es porque paga la suma de dinero representativa de la utilidad o valor abstractos a los que tiene derecho el acreedor, y en ese valor abstracto, no cabe hacer jugar la revalorización o indexación, pues al determinarlo esta última está implícitamente comprendida. La noción de indexación, en definitiva, no se corresponde con el concepto de deuda de valor, siendo en consecuencia, una noción extraña en tal régimen obligacional.

Recientemente, se ha considerado en un fallo[270], frente a la pretensión verificatoria de una entidad bancaria, que tal modalidad consiste en una "deuda no dineraria", ordenando su conversión a todos los fines del concurso al valor en pesos vigente a la fecha de la solicitud, o del vencimiento del crédito si fuera anterior.

Cabe destacar, que la correspondiente resolución del Art. 36 de la LCQ, se dictó luego de que el pretenso acreedor requiriera la

270 Autos "Scheiner, Hernán J. s/concurso preventivo", de trámite por ante el JNCom. Nº 16, Sec. Nº 31. Fallo de fecha 05/03/2020.

inclusión en el pasivo concursal en términos de UVAS, señalando su equivalencia al tiempo de la requisitoria en pesos, y reservándose la facultad de liquidar el valor correspondiente al tiempo del cumplimiento de la obligación. Aunque no se formularon observaciones, ni de parte del deudor, ni de otros acreedores o la Sindicatura, creemos que sentó con su propio enfoque, la suerte del pedido instado.

En comentario al fallo citado, se ha expresado en forma coincidente con la resolución que *"(l)os préstamos UVA otorgados según la modalidad creada por la com. BCRA A 6069 deben calificarse como obligaciones de valor. En consecuencia, les resulta aplicable la regulación específica prevista por el art. 772, Cód. Civ. y Com."* y en consecuencia *"(e)n caso de presentación en concurso preventivo del deudor, frente a la apertura del procedimiento aquellos préstamos se subsumen dentro de la calificación de deudas no dinerarias y, en consecuencia, quedan sujetas a la conversión prevista en el art. 19, párr. 2º, parte 1º, LCQ. En tal sentido, por novación legal la obligación quedará convertida a moneda de curso legal a la fecha de presentación concursal o a la de su vencimiento si fuese anterior, a opción del acreedor. De tal modo se logrará cristalizar el pasivo y respetar la pars conditio creditorum"*[271].

Respetuosamente, no se comparte las posturas adoptadas.

Sin perjuicio de la equivoca invocación realizada por el acreedor en su insinuación, y ello, más allá de tratarse de un acreedor institucional debidamente asesorado, existen argumentos que permiten considerar los préstamos ajustables mediante el sistema UVA como una obligación de dinero, y no como una deuda de valor.

Como se explicara al tiempo de abordar los orígenes de estos créditos, expresamente se partió de una excepción generada por el DNU 905/02 a la imposibilidad de aplicar índices de indexación por la Ley de Convertibilidad, que, aunque derogada en otros aspectos, se mantiene en aquel, aún vigente.

271 TÉVEZ, Alejandra N. - SOUTO, María Virginia, "El crédito UVA en el concurso preventivo: régimen de conversión e implicancias frente a la emergencia económica y al COVID-19". Publicado en: LA LEY 09/06/2020, 09/06/2020, 8. Cita Online: AR/DOC/1528/2020.

Luego, la lectura de la normativa específica, tanto la Comunicación (A 5945) dictada por el BCRA (que crea las originalmente llamadas UVI), como la COMUNICACIÓN "A" 6086 y la COMUNICACIÓN "A" 6166, permite advertir como esta modalidad de préstamo se refiere, expresamente, al otorgamiento de un valor dinerario actualizable, y no a un valor abstracto.

En rigor, expresamente se lee en la Comunicación "A"6166 en el Punto 1.1.5.2. "Moneda": *"Los préstamos hipotecarios deberán ser otorgados en pesos. Cuando se trate de préstamos hipotecarios de Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por "CER" - Ley 25.827 ("UVA") y de Unidades de Vivienda actualizables por "ICC" - Ley 27.271 ("UVI") además, del importe de capital otorgado en pesos, se deberá expresar su equivalente en cantidades de UVA y UVI, respectivamente, conforme al criterio de cálculo establecido en las normas sobre ´Política de crédito´".*

Los bancos prestan dinero, y reciben dinero. Tanto en los créditos UVA, como los depósitos o plazos fijos UVA, el objeto no es un valor, sino una suma de dinero a la cual, por excepción, le resulta posible la aplicación de una variable de actualización.

De allí que, en la humilde opinión del autor, no corresponda el tratamiento dispensado en el fallo mencionado, y que no resulten aplicables al régimen obligacional de los créditos UVA las disposiciones de conversión previstas por el Art. 19 de la LCQ para las deudas no dinerarias.

Tampoco se entiende que corresponda la aplicación de la primera parte de la mentada normativa concursal, pues la suspensión en tal caso, si correspondiera por tratarse de un crédito sin garantía real (situación no conteste con los créditos hipotecarios), alcanza a los intereses, mas no al capital.

En el caso, tal como se ha señalado[272] para las obligaciones alcanzadas en su tiempo por las disposiciones de la "pesificación asimétrica", el cálculo deberá realizarse al tiempo de la presentación en concurso al solo efecto del cómputo de las mayorías, pudiendo

272 MARTORELL, Ernesto E. "Tratado de Derecho Comercial" – 1era. Ed. – Buenos Aires, La Ley, 2010, págs. 273 a 377.

realizarse el cálculo o liquidación (parcial o definitiva) al tiempo del efectivo pago o quiebra del deudor (conf. Art. 127 LCQ).

Por su parte, en igual sentido, señala VITOLO que generada una excepción a la prohibición de aplicar medios de corrección del capital dispuesta por Ley 23.928, y sostenida por la Ley 25.561, *"el ajuste del capital de la deuda pesificada [el CER o el CVS] también se sigue devengando sin que quede afectado el curso de tal devengamiento por la presentación en concurso, ya que el art. 19 dispone la suspensión sólo del curso de los intereses y tanto el CER como el CVS no son equiparables a intereses, sino que resultan en su aplicación a nuevas obligaciones contraídas en moneda de curso legal -y ajenas a la pesificación"* siendo *"un modo de ajuste de capital equiparable a la "indexación" del monto de la obligación"*. Agregando también que *"(e)n el caso de quiebra, los acreedores de prestaciones en moneda extranjera pesificadas compulsivamente, y los de aquellos correspondientes a deudas contraídas en moneda de curso legal pero actualizables por CER o CVS, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la República Argentina (pesos) calculados a la fecha de la declaración en quiebra o, a opción del acreedor, a la del vencimiento, si éste fuera anterior (art. 127, ley 24.522)"*[273].

§ 3.17.5 Conclusión: nada nuevo hay bajo el sol

En la Biblia, en concreto en Eclesiastés (Capítulo 1, versículo 9), se le atribuye al rey Salomón la frase: "Lo que fue, eso será; lo que se hizo, eso se hará. Nada nuevo hay bajo el sol."

La traducción, que proviene del latín (nihil novum sub sole), gira alrededor de la idea de que todo, o casi todo, tiene un precedente, la historia se desarrolla de manera cíclica, repitiéndose cada cierto tiempo unos hitos concretos, que pueden transformarse en la forma, pero no en el fondo.

Llámese UVA, UVI, CER, CVS, IPC, o la vulgarmente "Tablita" de

273 VÍTOLO, Daniel Roque, "Aplicación del CER y del CVS a los créditos en las hipótesis de concursos y quiebras". Publicado en: LA LEY2003-B, 1428. Cita Online: AR/DOC/11628/2001.

los ´80, lo cierto es que siempre han existido variables, que al igual que la teoría de las "deudas de valor" procuran escapar al principio nominalista, cuyo voluntarismo altruista se destruye por la inflación y consecuente depreciación de la moneda en el mundo real.

Hoy como ayer[274], hubo que legislar sobre las inequidades derivadas de la aplicación de los índices de corrección cuando estos benefician en forma desmedida al acreedor, en perjuicio del deudor.

Quizás en algún momento se haya avizorado la solución concursal como un mecanismo riesgoso, pero útil a la finalidad de "congelar" la actualización de la deuda mediante las previsiones de la LCQ.

Sin embargo, a problemas viejos, soluciones viejas.

También en aquellos tiempos, la verificación de deudas sujetas a índices de actualización del capital escapaba a las previsiones paralizatorias de la Ley 19.551[275] contempladas por aquel entonces en su artículo 20.

No debería en la actualidad ser distinta la consideración.

Por ello concluimos que no corresponde encuadrar a los créditos UVA como obligaciones no dinerarias sujetas a la conversión del Art. 19 de la LCQ en caso de presentación en concurso preventivo por parte del deudor tomador del préstamo, ni considerar aquella actualización sujeta a suspensión alguna, continuando la aplicación del índice de ajuste hasta la fecha de efectivo cumplimiento o declaración posterior de quiebra.

274 Nos referimos a la Ley 24.283 (Ley Martinez Raymonda).

275 CSJN, 20/04/1985, "Recurso de hecho deducido por M.T. SOSA en Complejo Textil Bernalesa SRL s/ Quiebra", LL T. 1985 C, pág. 243; id, 30/04/1985, LL T. 1985 C, pág. 444; id, 1/04/1986, "Transportadora Coral Argentina", LL T. 1986 D, pág. 114; id, 10/04/1987, "Lumicot SA".

§ 3.18 El periodo de exclusividad en la pandemia

Por Bruno O. Santi Taccari. Colegio de Abogados de Azul

PONENCIA

El ordenamiento legal contiene las herramientas para resolver todas las situaciones concursales con causa en la emergencia sanitaria, en el caso, las que afecten la negociación para la obtención de conformidades dentro del período de exclusividad.

§ 3.18.1 Fundamentos

Esta es otra de las ponencias realizadas, dentro de la situación transitoria, a causa de cómo impacta o cuales son alguno de los efectos de la pandemia COVID19 en los trámites concursales. Y en el entendimiento de que las soluciones deben encontrarse en la aplicación del derecho existente, evitando decretos y leyes de emergencia como ocurrió en la crisis del 2001 (vgr ley 25.563), los que terminan por crear mayor inseguridad y/o favorecer el acaecimiento de situaciones injustas, de especulación, y abusivas para alguno de los interesados en el proceso. Entre ellas, la reforma a la ley concursal, que siempre cae dentro de la inercia legislativa propia de las crisis.

En esta oportunidad vamos a imaginar -como está ocurriendo– cuál sería la solución a los pedidos de prórroga del período de exclusividad en los trámites concursales en trámite. Recientemente el tema ha sido tratado y resuelto en numerosos Juzgados de la Provincia con muy buenos criterios. Pero – en este caso- me referiré a un fallo del Juzgado Comercial nº 5 autos “ENGRAMA SA S/ CONCURSO PREVENTIVO” que amplió el periodo de exclusividad a seis meses.

Esta ponencia no emite juicio respecto al tiempo concedido, sino que adhiere a la solución de no legislar sobre situaciones de coyuntura que pueden resolverse con las herramientas que todo el

ordenamiento proporciona. Así la Jueza:

a) Consideró que se trataba de una prórroga extraordinaria por la naturaleza excepcional del fenómeno, que en consecuencia obligaba a adoptar medidas también excepcionales (sic).

b) Consideró y valoró la normalidad con la que venía desenvolviéndose el concurso (sin decirlo expresamente, descartó el abuso).

c) Consideró el efecto directo que tenían las normas del aislamiento social obligatorio en el período de exclusividad.

La magistrada, en definitiva, hace una aplicación de todo el ordenamiento jurídico: 1º) Teniendo en cuenta la situación de fuerza mayor y 2º) La norma de abuso de derecho, cuando remarca que el concurso venía desenvolviéndose con normalidad y dentro de su curso natural.

Como expliqué, en la anterior ponencia y al igual de lo que ocurre en el proceso de verificación de créditos, el período de exclusividad es un trámite presencial, que se ejecuta fuera de los estrados judiciales, por lo que necesariamente se verá afectado por el aislamiento social obligatorio.

.

§ 3.19 Quiebra e inconstitucionalidad de los arts 7 y 10 de la ley 23928

Por Gabriela Fernanda Boquin. Colegio de Abogados de San Martin

PONENCIA

La aplicación de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en cuanto impiden todo mecanismo de actualización de los créditos, resultan inconstitucionales en función del tiempo insumido en los trámites de la mayoría de las quiebras por el impacto negativo que la devaluación de la moneda nacional tiene en el patrimonio de los acreedores.

§ 3.19.1 Introducción

Hace más de dos décadas que vivimos una escalada inflacionaria Los abruptos cambios en el poder adquisitivo de la moneda han llevado a la doctrina a buscar distintas soluciones para paliar sus consecuencias que han sido identificadas como nominalismo y valorismo monetario. La realidad condujo a que en distintos países se produjera una crisis del nominalismo adoptado, particularmente en aquellos que padecieron fuerte desorden monetario fruto de elevados niveles inflacionarios. Ello determinó la irrupción de un nuevo sistema, el valorismo, que pone énfasis en el poder adquisitivo de la moneda, admitiendo la actualización monetaria de lo adeudado, hasta alcanzar los valores reales o de cambio efectivamente adeudados.

La Argentina luego de la ley 23.928 (con las modificaciones de la ley 25.561) que impide cualquier mecanismo de actualización de deuda, no hay dudas que se encuentra enrolada en la tesis del nominalismo, el cual no podría ser derogado por voluntad de los particulares.

La declamada seguridad que brinda el “nominalismo” en épocas

de inestabilidad económica y de fluctuación fuerte en el valor de la moneda es sólo aparente, puesto que lo único seguro es el número de moneda que habrá de recibirse al momento del cobro del dividendo pero el valor del crédito será incierto.

En esta ponencia se tratarà de demostrar la inconstitucionalidad en los procesos de quiebra del sistema implementado por la ley 23. 928 respecto del acreedor pues como consecuencia de los efectos del estado de cesación de pagos del deudor, deberá soportar sobre su derecho crediticio otras consecuencias disvaliosas[276] más allá de las previstas por la ley 24. 522.

§ 3.19.2 La ley 23.928. Prohibición de mecanismos de actualización.

Los artículos 7 y 8 de la ley 23.928 impiden la actualización de los créditos verificados en una quiebra.

En el momento de la sanción de la ley 23.928 en 1991 se había implementado un régimen de convertibilidad del dólar estadounidense con la moneda nacional existiendo paridad cambiaria y una tasa de inflación anual que rondaba los 15,84%[277]. Por su parte en el año 2002, si bien la ley 25.561 modificó la ley 23.928 poniéndole fin al régimen de convertibilidad monetaria en nuestro país al haberse generado una crisis económica, financiera y fiscal que alteró de forma significativa las relaciones jurídicas existentes, se decidió no derogar la prohibición de actualización de deudas tratando de no volver a épocas pasadas y reavivar más aun la inflación de ese momento.

En este nuevo escenario de crisis, inédito por los impactos económicos de la pandemia y el necesario aislamiento social preventivo y obligatorio, pero inserto en un marco inflacionario poco habitual en otros países del mundo, en el que se ven alterado los valores y las prestaciones de las obligaciones modificando significativamente la correspondencia en las relaciones jurídicas es preciso hacer

276 Provincialli, Tratado de Derecho de Quiebra, Volumen II, Barcelona, 1958, editorial AHR, p.305, nro. 234
277 https://www.inegi.org.mx/app/indicesdeprecios/CalculadoraInflacion.aspx

VOLVER A ÍNDICE

líquidos los activos ociosos de las quiebras e intentar no perjudicar aun más a los acreedores sometidos a ellas.

Para fundar esta ponencia debo destacar que en los últimos años (2015-2019)[278] hubo en el país una importantísima desvalorización monetaria, producto de una elevadísima inflación acumulada que fue del 403,42% implicando que el poder adquisitivo de la moneda local se redujera notoriamente. En los últimos 27 años sufrimos una inflación acumulada de más del 3.100 por ciento.

Así surge prístinamente la erosión en el valor de la moneda y ello sin duda, es responsabilidad del Estado, quien debe implementar medidas económicas pertinentes tendientes a disminuir tal impacto; pero habiendo ocurrido una fortísima devaluación de la moneda nacional (peso argentino conforme el art. 7 de la ley 23.928 y el art. 765 del CCyCN) corresponde la implementación de otros mecanismos alternativos que permitan paliar las consecuencias de esa pérdida del poder adquisitivo.

Sin perjuicio de ello en los últimos tiempos se observa un fenómeno que para los concursalistas no era habitual, tal es un sinnúmero de quiebras que culminan por pago total y con remanente para el deudor o los socios o accionistas de la persona jurídica fallida. Ello producto del paso exagerado del tiempo que insumen la venta de los activos y la aprobación de los proyectos de distribución, sumado a la inflación, devaluación, revalorización de los activos al compás de una u otra, y la cristalización de pasivos que se desvalorizan durante el trámite.

A mi criterio la malsana comodidad que se origina en los procesos falenciales no puede beneficiar al deudor quien vería la posibilidad de cobrar un remanente satisfaciendo a sus acreedores de una manera solo aparente. De ser así el costo del desfasaje lo afrontarían únicamente los acreedores quienes ven disminuido su patrimonio y todo ello por la sencilla razón de haber tenido comparecer a un proceso de quiebra a recuperar su crédito, o una parte de él (art. 32 de la ley 24.522), trámite de cuya dilaciòn no son responsables.

El acreedor que concurre a una quiebra ante la insolvencia de su

278 De enero del 2015 a diciembre del 2019

deudor, lo hace en virtud del carácter universal del proceso y con la expectativa de recuperar algo de su acreencia. El problema central de esta discusión radica en la licuación del crédito al alterarse el valor intrínseco de la moneda durante el tiempo que transcurre entre la verificación de un créditos y la fecha en que se realiza el pago del dividendo. La pérdida ocasionada al patrimonio del acreedor sometido a esas circunstancias excede la disminución habitual que experimenta toda acreencia frente a la insolvencia de su deudor: suspensión de intereses, quita del capital verificado, espera normal en el cobro.

El eficiente desarrollo de todos los procesos de quiebra, tiene por finalidad "la realización de los bienes del quebrado a fin de que, transformados en dinero, pueda aplicarse su importe al pago de los créditos en su contra. Con ese objetivo, los funcionarios de la quiebra deben obtener de ella la mayor ventaja o precio posible[279].

El acreedor concurrente posee un derecho al dividendo concursal y a obtener la recuperación de su crédito al mayor valor posible al momento de la distribución, fruto de la realización de los bienes que integran el activo y así acercarse al pago íntegro que debe primar (art. 869 del CCyCN).

En la actualidad, ante un escenario inflacionario sostenido durante los elongados plazos de la quiebra, el mantenimiento de la prohibición de la actualización de las deudas, importaría una disociación de la realidad económica y el patrimonio del acreedor no sólo está disminuido por la quita propia de la insuficiencia del activo, o la suspensión de los intereses desde el decreto de quiebra, sino que experimenta un daño adicional que está dado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por una multiplicidad de causas, entre ellas, las políticas económicas y el tiempo insumido en el pago del crédito.

La inflación no es un hecho de la naturaleza sino un hecho humano ilícito. Está causado por una serie de acciones y omisiones estatales, que afectan una de las funciones de la moneda que el derecho reconoce: la de reserva de valor. En definitiva, el hecho

279 Ramirez, José A., La quiebra. Derecho concursal español. Barcelona, 1998, Bosch, Casa editorial, tomo II, p. 1539

reduce el poder adquisitivo de la moneda a que tienen derecho sus poseedores. La ilicitud se justifica por los efectos que el proceso depreciatorio causa en quienes poseen dinero. La imposición del curso forzoso y de la aceptabilidad compulsiva de los medios de pago creados por el Estado, conlleva la contraprestación de custodiar su valor y la conservación de su poder de compra.

Cuando se afecta ese poder de compra, se altera el equilibrio en las relaciones contractuales provocando el enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra, lesionándose su derecho de propiedad.

Sumado a ello, esa pérdida del poder adquisitivo es consecuencia directa de la vulneración de otras garantías constitucionales como la falta de obtención de una decisión en un plazo razonable y la tutela judicial efectiva.

Si bien el derecho de propiedad no es absoluto, conforme fuera establecido en reiterada doctrina por la Corte Suprema de la Nación[280]; no es menos cierto que las limitaciones y restricciones que sufren los acreedores en sus patrimonios en virtud de la ley 23.928 resultan irrazonables (art. 28 de la CN) al estar sometidos por largos lapsos temporales a los efectos devastadores de la inflación siendo que los activos de las quiebras no lo sufren revalorizándose por la misma razón que perjudica al acreedor.

Es por ello que considero que los efectos de la aplicación de los artículos 7 y 8 de la ley 23.928 en las quiebras no son razonables. El fundamento del principio de razonabilidad radica en la comprobación social de que la convivencia o el bienestar social pueden requerir la limitación relativa de los derechos de unos para salvaguardar el derecho de otros y permitir la armonía de todos. En términos generales, la razonabilidad de una reglamentación o de una interpretación jurídica no puede juzgarse en abstracto sino en una situación concreta (el llamado test de razonabilidad). Ello no significa que tales intervenciones deban quedar libradas a la arbitrariedad del poder; por el contrario es necesario que los criterios básicos de intervención sean establecidos apriorísticamente y de

280 Fallos: 331:1116; 320:222; 308:2626, entre muchos otros

modo consensuado[281].

Claramente la época en que los acreedores deben percibir sus créditos escapa a una situación de normalidad, atento la situación inflacionaria vivida los últimos años en el país la aplicación de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 no sólo vulnera el derecho de propiedad de los acreedores en virtud de la falta de percepción en un tiempo razonable de su acreencia, sino que hacen cargar sobre ellos, las consecuencias de una deficitaria labor judicial. Desde ya, que ello implica una negación de la garantía de tutela judicial efectiva.

La inconstitucionalidad de las normas que prohíben mecanismos de actualización de las deudas en las quiebras declaradas, en tanto carecen en la actualidad y de toda justificación es un hecho que se impone si se corroboran las principios que justifican al proceso falencial. Desde la reforma al proceso efectuada por la ley 26. 684 podemos decir que los fundamentos justificantes y basilares del sistema concursal son tres: la conservación de la empresa, la conservación de las fuentes de trabajo y la protección de los créditos. Los dos primeros desaparecen en caso de liquidación sin continuidad de la explotación por lo cual quedaría solo por cumplir el principio protectorio de los acreedores que se alcanza con la mayor satisfacción de los créditos. Pagar el capital licuado con intereses que no acompañan la desvalorización monetaria, los cuales además no tienen como función recomponer el capital sino paliar los efectos de la mora, cuando existen activos que de una u otra forma no se han visto amortizados o devaluados (por mayor valor ya sea por la inversión de fondos o revalorización por precios de mercado) no es una solución justa no que respete el principio justificante de la protección de los créditos.

Esa diferencia en el tratamiento entre el pasivo y el activo repercute directamente en el patrimonio del fallido. Ello, en tanto la realización de los bienes se realizó a precios de mercado aunque a valores de realización en proceso de falencial y los créditos se pagarían a valor nominal a la fecha en que fueron verificados.

281 Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, T. I, 2017, Rubinzal Culzoni, p. 194.

El incremento en los activos ante la prohibición de actualización de deudas previstas en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, conllevaría un remanente que beneficaria al deudor quien, por la causa que fuere, es artífice de su falencia y no habría percibido suma alguna de no haberse modificado las condiciones económicas en nuestro país ni dilatado el proceso, como habitualemnet nos acostumbramos que ocurra.

Lo dicho nos lleva a otra reflexión: evitar que la prohibición de actualizar los créditos se convierta en un mecanismo que permita incurrir en usos abusivos de los procesos falenciales. Caso contrario, ningún deudor va a hacer el esfuerzo de pagar dado que su mejor decisión es someterse a un proceso de quiebra, que si dura cierto tiempo le permitirá, de forma directamente proporcional aumentar su activo y licuar su pasivo. Al negarse la actualización a los créditos se transforma el proceso concursal en un medio apto para socializar las pérdidas del empresario, trasladando el riesgo propio de la actividad a los acreedores, lo cual es contrario a los principios de un sistema de economía de mercado que se basa en la asunción de riesgos.

Estar sometido a un proceso falencial no es abusivo, deviene en abusivo si desde la justicia no se reparan las consecuencias dañosas que importa la aplicación de una ley que prohíbe la indexación de las deudas en un contexto de altísima inflación y notoria pérdida de valor de la moneda que vuelve casi insignificante, en relación a lo que representaba cuando fue verificado, el crédito que tiene que percibir el acreedor. En ese escenario, se vuelve abusivo el estar sometido a un proceso falencial, en tanto el daño ocasionado a los acreedores no sólo alude a la quita que pudo tener por insuficiencia de activos, sino, aun de cobrarse el 100% del crédito a valor nominal hay una quita mayor y que se relaciona con la pérdida del poder adquisitivo de ese crédito.

Por otro lado, una solución como la propuesta no afecta a la solución buscada por el deudor, el fresh start.

Finalmente aprecio que seguir sosteniendo la imposibilidad de actualización en las quiebras es una postura que niega la realidad no sólo de los hechos sino la jurídica. Me explico: el legislador ha

considerado en un principio que determinadas situaciones debían quedar la margen de la prohibición de actualización de capital y expresamente así lo consignó. Ejemplo de ello son: decreto 1733/2004 que dispone una excepción a la prohibición de indexar de los títulos en pesos emitidos como resultado del canje de deuda pública; obligaciones pesificadas por la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario en virtud de la aplicación del CER (art. 4 del Decreto 214/2002); decreto 905/2002 en relación a las imposiciones en entidades financieras y las medidas crediticias a partir del 1/6/2002; decreto 1096/2002 consistente en los valores negociables que emitía el Gobierno Nacional o el BCRA (bonos ajustables con índice CER ley 25.713 y ley 25.827).

Ahora bien, la excepción paso a ser regla ante el dictado de normas que proponen distintos modos de actualización por índices especiales para cierto tipo de obligaciones como la ley 27.271 que dispone el sistema UVA, (art. 21) y exceptúa de lo establecido en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 a los créditos concedidos bajo ese sistema; la ley 27.423 que establece la regulación de honorarios de abogados y procuradores cuya medida es el UMA y su valor es fijado periódicamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la ley 27.467 en cuanto dispone que los contratos de leasing sobre bienes muebles registrables o los préstamos con garantía prendaria están exceptuados de los art. 7 y 10 de la citada ley, la ley 26.773 que implementa el RIPTE (remuneración promedio de los trabajadores estables) para las indemnizaciones por accidentes de trabajo o la muy reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación para el caso de los cánones locativos.

§ 3.19.3 Conclusión

Impedir la actualización de los créditos por la aplicación inexorable de la ley 23.928 importa permitir la conculcación de garantías constitucionales y convencionales y autorizar que el proceso concursal, en su faz liquidativa, sea una herramienta para consumar un ejercicio abusivo del derecho del deudor a enriquecerse a costa de su propia falencia.

§ 3.20 Derecho de la Insolvencia – Acreedores no concurrentes y conclusión de la quiebra. La mutaci0ón de sus acciones

Por Alejandro Martín Vázquez. Colegio de Abogados de Mar del Plata

PONENCIA

Las acciones derivadas de un crédito cuyo deudor quebró, mutan con la firmeza de la declaración de quiebra. Esa mutación no se retrotraerá en caso que la quiebra concluya –sea liquidativa o no-, aunque ese supuesto conclusivo no importará ni la caducidad ni la prescripción de la acción.

§ 3.20.1 Fundamentación

§ 3.20.1.1 Introducción

Que sucede con las acciones de los acreedores que no se presentaron a verificar en la quiebra –o los saldos no cobrados por los concurrentes-, es un interrogante que trae una variedad de posibilidades y posiciones en la Doctrina y en la jurisprudencia.

Como veremos las leyes se habían ocupado expresamente del tema, pero la ley actual y las modificaciones sucedáneas han olvidado regular esa situación.

Si bien el tema no es novedoso en sí, la idea de la ponencia es proponer un enfoque y argumentación distinta para que permita superar la falta de regulación expresa, armonizándolo con los principios concursales y por último, permitiendo una solución para la praxis de esos supuestos.

Debemos realizar una indicación terminológica: tanto en la ley como en artículos de doctrina se menciona la “liberación del deudor”. Ahora bien esta expresión debe definirse, ya que no es lo mismo considerar la extinción de las obligaciones insatisfechas, la prescripción de la acción a la cual acceden o la caducidad del

derecho no ejercido o la modificación del alcance de la acción que mantienen; etc. Pues en uno y otro caso, es evidente que se trata de institutos jurídicos distintos y por ende, las consecuencias jurídicas son disímiles.

Lo mismo puede decirse respecto de la "rehabilitación". El eventual efecto que se derive respecto de los acreedores no concurrentes o saldos insolutos, no tendrá como causa la rehabilitación en sí. Pues como todos saben, ésta implica el cese de los efectos de las quiebras, tanto personales como patrimoniales, pero ningún efecto en particular se desprende sobre los aquéllos créditos.

Es verdad que al producirse la rehabilitación cesa el desapoderamiento (art. 107 de la LCyQ) y sobre los nuevos bienes que adquiera, recupera los poderes de administración y disposición sobre ellos. Pero la eventual extinción de las obligaciones o acciones y/o demás supuestos de interpretación, no serán consecuencia de la rehabilitación aunque el legislador haya enlazado temporalmente esos efectos.

§ 3.20.1.2 ¿Que decía la ley?

Las leyes falenciales que rigieron en nuestro sistema, en su mayoría previeron los efectos sobre los créditos no concurrentes en la quiebra; aunque por supuesto con distintos requisitos y alcances. Hacemos un brevísimo repaso para observar la evolución.

El Código de Comercio (arts. 1572 y siguientes) preveía la rehabilitación del fallido comerciante, pero concluida la quiebra los acreedores insatisfechos readquirían sus acciones individuales, aunque con una especie de beneficio de competencia.

Posteriormente la Ley N° 4156 permitía la rehabilitación (luego de una publicación edictal y el transcurso de 12 meses para deducir oposiciones), con el siguiente efecto -entre otros previstos para la rehabilitación-: "*Por la rehabilitación del fallido cesan… todas las responsabilidades por los saldos que hubiese quedado adeudando a sus acreedores*".

En 1920 comenzó a regir la Ley Nº 11.077 denominada "*Concurso Civil. Extinción de las Obligaciones*" que estableció un modo de extinción de las obligaciones como efecto de la rehabilitación falencial.

La Ley Nº 11.719, con algo más de precisión, estableció que el fallido no respondía con los bienes adquiridos con posterioridad al cese del desapoderamiento que se encontraba vinculado a la rehabilitación. Ésta última se encontraba sujeta al procedimiento de calificación de conducta y sus plazos.

La Ley 19.551 directamente dispuso en su artículo 253 segundo párrafo que: "…*el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiera después de la rehabilitación*". En los arts. 254 y siguientes se reguló el procedimiento de rehabilitación articulado con la calificación de conducta.

Este repaso nos muestra cómo el legislador se ocupó del tema de las acreencias en la quiebra, una vez que el fallido era rehabilitado. Lo hizo de modo diverso, pues en algún caso lo previó como un modo de extinción de las obligaciones, en otros casos estableció la imposibilidad de afectar la "*segunda masa*", es decir, los bienes que se adquieran con posterioridad al cese del desapoderamiento.

Las consecuencias y efectos jurídicos en uno y otro caso son disímiles, por lo que habrá que ser precisos en los términos utilizados.

Pero los conflictos interpretativos que dan lugar a la ponencia, se derivan del vacío en que incurrió la ley actual, que no fue satisfecho por ninguna de sus leyes modificatorias.

§ 3.20.1.3 ¿Qué dice hoy?

La Ley Nº 24.522 omitió completamente establecer que sucede con los saldos insolutos en la quiebra y principalmente, con los acreedores que no se presentaron a verificar su crédito.

Silvana Mabel García[282] considera que se trata de una *laguna por*

282 Silvana Mabel García, "*La extinción de las Obligaciones en la Quiebra*", Aca-

imperfección técnica recordando que al derogarse el régimen de calificación de conducta y establecerse un sistema de rehabilitación de pleno derecho se hizo innecesario regular un procedimiento específico de rehabilitación; y por ende se eliminó ese capítulo que contenía la previsión sobre los saldos en la quiebra.

Menciona también que en el proyecto de Ley de Fe de Erratas se incorporaba al art. 238 un texto similar al art. 253 de la Ley Nº 19.551; pretendiendo así salvar la imperfección aludida, aunque no logró su sanción y vigencia.

Es decir que estamos ante un vacío normativo. La relevancia de ello, está dado por los efectos que se pretendan extraer sobre los saldos insolutos o, principalmente, sobre las acreencias no verificadas.

Si pretendiésemos considerar que las obligaciones se extinguen requeriríamos de una norma expresa que así lo exprese, puesto que los supuestos de extinción deberían contener una fuente legal que aprehenda un hecho extintivo.

Si la idea es considerar la prescripción o caducidad de las acciones, también se requeriría aquélla causa fuente y resultaría complejo por el criterio restrictivo aplicable y la imposibilidad de aplicar la analogía que este tipo de institutos nos impone.

La tercera posibilidad es acotar el poder de agresión de las acciones de los acreedores no concurrentes y/o por saldos insolutos al patrimonio "desapoderado" e impedir la agresión sobre la "nueva" masa; lo que constituye un interpretación razonable pero debe enfrentarse con el carácter único del patrimonio de la persona y su función de garantía hacia los terceros acreedores (art. 242 del CCyC), como del cese de los efectos de la quiebra, entre otros.

Por último podría proponerse que ante la ausencia de norma expresa y la conclusión de la quiera, los acreedores no concurrentes y los saldos insolutos no se vean afectados en absoluto y recuperen la integridad de las acciones contra la totalidad del patrimonio del deudor. Sin dudas ello implicaría desvirtuar la finalidad del proceso

demia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen LVI, año 2012.

de quiebra y varios de los principios concursales sobre los que se asienta la Ley Nº 24.522.

Veremos todas esas interceptaciones y sus argumentos.

§ 3.20.1.4 La integración del vacío: ¿Acudimos a los Principios Concursales?.

Por nuestra parte creemos que es la única y mejor alternativa. Este modo de armonizar el vacío legal, nos lleva a descartar interpretaciones y adoptar la que mejor se adecúa con estos principios.

En inicio creemos que no es posible afirmar que la quiebra extingue los créditos del fallido que no han verificado. Pues no se observa ni en la ley ni el Código Civil y Comercial ese efecto.

Los supuestos a extinción de las obligaciones deben tener causa fuente en la ley. Incluso la LCyQ cuando quiso prever ese efecto, lo hizo expresamente tal como surge en el caso de la homologación del acuerdo en el concurso preventivo que constituye una novación (legal) de las obligaciones (art. 55 de la LCyQ). Como toda novación, supone la extinción de la obligación (art. 933 del CCyC). La extinción de una obligación nunca se presupone ni se puede aplicar análogamente.

Pues de lo contrario los efectos de considerar extinguida la obligación generarían consecuencias indeseadas; como puede observarse en caso de tratarse de obligaciones solidarias y por ende liberando a otros deudores (art. 835 del CCyC). Resaltando para ello su diferencia con las obligaciones concurrentes.

Similares argumentos pueden darse respecto de considerar la prescripción de las acciones o la caducidad de los derechos. Nuevamente cuando el legislador tuvo esa intención lo expresó, como sucede con el art. 56. La prescripción tampoco puede presumirse ni aplicarse análogamente. De hecho la jurisprudencia ha rechazado en varias oportunidades planteos de prescripción en la quiebra basados en el art. 56 de la LCyQ.

Por ello ante falta de norma expresa no puede sostenerse válidamente que las obligaciones no concurrentes o los saldos insolutos

prescriben o se extinguen o caducan.

En nuestra opinión el camino más ajustado a los principios concursales lo constituye la imposibilidad jurídica de los acreedores falenciales no concurrentes de afectar el patrimonio que el deudor conforme luego del cese del desapoderamiento; o siendo más precisos, sobre los bienes no desapoderados.

Ahora bien, ¿bajo qué argumentos?. Pues recordemos que la ley no lo dice expresamente. Consideramos que los principios concursales previstos en distintas normas de la Ley nos permiten llegar válidamente a tal conclusión.

En primer lugar el proceso de quiebra tiene por fin la reinserción del deudor en el mundo civil o comercial. No tiene por fin liquidar bienes ni la satisfacción de los acreedores en sí. La liquidación es uno de los *medios* adoptados para alcanzar el *fin* de la quiebra, que es solucionar la insolvencia y descargar al deudor.

La Ley N° 24.522 adopta su base en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 12), que como todos sabemos tuvo su fuente en la carta magna de Estados Unidos. Se ha interpretado respecto de la ley de bancarrotas de los Estados Unidos que: "*Hay una distinción material, entre descargar un deudor y distribuir sus haberes entre sus acreedores. La ley de Bancarrotas fue pedida y promulgada especialmente para lo primero. Lo segundo es por su naturaleza incidental a lo primero, que es la cosa principal. Probablemente, existieron en todos los Estados, al tiempo de la promulgación de la ley de Bancarrotas, algunas disposiciones legales para la distribución de los haberes de los deudores insolventes entre sus acreedores, y difícilmente pueda suponerse que el Congreso quisiera revocar o suspender aquellas leyes de los Estados, excepto en tanto cuanto fuere necesario para el cumplimiento del principal objeto en vista…*" (Maltibe v. Hotchkiss 5 B. R. 485; S. C. 38 Conn. 80; Reed v. B. R. 710; S. C. 32 Iowa 209)[283].

283 Calvo Nicolás Antonio, "Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales de Estados Unidos desde 1789", Editorial Carlos Casavalle, Tomo I Primera Edición, año 1886, pág. 165.

VOLVER A ÍNDICE

En el mismo sentido se dijo que: "*Si la distribución de la propiedad es meramente incidental a la exoneración de la prisión de la persona, y la deuda no está descargada, el procedimiento no es un procedimiento de bancarrota*" (Steelman v. Mattix, 36 N. J. 344)[284].

Consideramos este aspecto decisivo. No es posible transcurrir un proceso de quiebra, para que una vez finalizado los acreedores no concurrentes puedan impedir que su finalidad se cumpla y que la jurisdicción ejercida se vea neutralizada al imposibilitar que el conflicto que constituye la "insolvencia" como hecho o situación económica y social siga sin resolver.

Pues si en el concurso preventivo, el legislador adoptó una serie de disposiciones para que ello no suceda (extinción de las obligaciones mediante novación, prescripción de las acciones, etc.) mal podríamos considerar que los acreedores no concurrentes se mantienen incólumes al finalizar la quiebra, en cualquiera de sus supuestos.

El sistema concursal en general excluye las formas ordinarias de protección jurisdiccional de los derechos subjetivos. El legislador ha concluido en que los incumplimientos como síntomas del estado de cesación de pagos y su gradual gravedad provocan la pérdida de las garantías provistas por el patrimonio del deudor y la disminución de su eficacia en atender al cumplimiento regular de las obligaciones que pesan sobre él. Esta situación generalizada, y realidad más compleja, generan según Iglesias "…*una situación plurisubjetiva caracterizada por relaciones de solidaridad y complementación frente a un único sujeto contrapuesto*"[285].

Debido a ello emana el carácter público de la legislación concursal y falencial. Resuelve una situación que requiere de justicia distributiva, escapando al esquema restrictivo de la justicia conmutativa.

Acorde a esa finalidad, el principio de concursalidad sujeta a to-

284 Calvo Nicolás Antonio, ob. cit., pág. 160.
285 Iglesias, José Antonio, "Derecho Concursal": "La quiebra en el marco de la protección jurisdiccional de los derechos subjetivos"; pág. 35.

dos los acreedores falenciales a las reglas de la LCyQ y los obliga a "ejercitar" sus derechos sobre los bienes desapoderados en la "forma" prevista en la misma (art. 125 de la LCyQ).

En consecuencia, "*todos*" los acreedores deben verificar sus "*créditos y preferencias en la forma prevista por Artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley*".

Estas previsiones incluyen a los acreedores que no han verificado pero "debieron" hacerlo. Pues la única forma de hacer valer el derecho que detentan (es decir, su "acción") es la prevista en la Ley N° 24.522 y sólo sobre los bienes desapoderados.

Hay también una cuestión lógico-normativa y valorativa. ¿Por qué el acreedor no concurrente –es decir, que no cumplió con la carga de verificar - podría tener a su alcance la totalidad del patrimonio futuro del fallido y de ese modo frustrar el fin de la ley?, ¿Por qué un acreedor que se ajustó a la LCyQ puede quedar en peor situación que quien omitió el "llamado"?, ¿Por qué ese acreedor negligente puede tener a su mera disposición neutralizar los efectos del ejercicio de la jurisdicción?.

Creemos que desde lo valorativo es necesario que la interpretación adoptada permita satisfacer la finalidad legal y hacer útil el ejercicio del poder jurisdiccional. Desde lo lógico, tampoco podremos sostener que quien es negligente en el llamado de la quiebra a los acreedores se vea beneficiado por ello.

Se sostiene en contraposición que una vez concluida la quiebra ya no rigen los principios que de ella surgen y entonces los acreedores retoman sus acciones individuales –directas o no- normalmente. Por nuestra parte, creemos que ese argumento no obsta las conclusiones a las que arribamos.

Uno de los motivos que ya mencionamos, es que el proceso de quiebra tiene por fin superar el conflicto económico y social que importa la insolvencia (algunas veces, lo logra a través de la liquidación y otras no). Por ello esa situación de insolvencia involucra a todos los acreedores, pues todos ellos son parte de ella.

La conclusión de la quiebra en cualquiera de sus supuestos –liquidativos o no- no es una extinción del proceso con efectos retroac-

tivos. Debe considerarse que el presupuesto base del proceso es el estado de cesación de pagos, que es determinada y declarada en la sentencia de quiebra.

Una vez que dicha sentencia queda firme, hace cosa juzgada material respecto del presupuesto en cuestión. Con ello, los principios concursales también.

Adolfo Roullión[286] analiza la doctrina italiana (en especial Provinciali, Giorgio De Semo, Satta y Piero Pajardi) respecto de la naturaleza de la sentencia de quiebra. Estos autores adscriben a la posición que sostiene que es una verdadera sentencia –desde lo formal y sustancial- declarativa de constitución, afirmando en consecuencia que implica la declaración de certeza respecto de los presupuestos objetivos y subjetivos de la quiebra.

Concorde a ello, la sentencia de quiebra -como tal- hace cosa juzgada formal y sustancial (claro está, una vez que adquiera firmeza) respecto de dichos presupuestos.

Dentro de los límites subjetivos de la cosa juzgada, dado las características propias del proceso de quiebra –y en especial, su universalidad y concursalidad- los efectos de la cosa juzgada alcanzan a los acreedores que no se hayan presentado a verificar. Es consecuente con lo previsto en el artículo 56 primer párrafo, para el concurso preventivo.

Dice Roullión que: "*…la sentencia de quiebra posee autoridad de cosa juzgada no sólo respecto de quienes han intervenido –o podido intervenir- en el trámite que le ha precedido, sino "erga omnes"*"[287]. Se fundamenta en el carácter indivisible del nuevo status del deudor y el interés general comprometido por el estado de cesación de pagos. Es decir, los presupuestos.

Entonces los efectos que se derivan de los principios concursales no pueden considerarse inexistentes o retrotraídos por la conclusión de la quiera, sino todo lo contrario, ella ha hecho cosa juzgada material a su respecto.

286 Adolfo A. N. Roullión, "Procedimientos para la Declaración de Quiebra", 2da. Edición, Zeuz Editora, rosario, año 1982, pág. 74 y ss.
287 Adolfo A. N. Roullión, ob. cit., pág. 98.

En consecuencia, una correcta interpretación no puede suponer que el acreedor no concurrente mantiene su acción individual después de concluida la quiebra como si los efectos de ésta no se hubieran producido; pues ha hecho cosa juzgada.

§ 3.20.1.5 Mutación de la acción. ¿En qué consiste?

Como hemos descartado los supuestos de extinción de la obligación, caducidad del derecho y/o prescripción de la acción; mencionamos aquí desde lo técnico jurídico como la posición adoptada en la ponencia satisface los valores y principios concursales enunciados precedentemente.

Siguiendo a Garaguso en este aspecto en particular, sostenemos que la acción de los acreedores muta con la sentencia de quiebra. Por supuesto, que no lo hace de igual modo para todos los acreedores, pero para todos hay modificaciones en la acción que accede a su derecho.

Sostiene el autor que: "*…la situación jurídica nacida como consecuencia del concurso produce una suerte de mutación de la acción individual, por una concursal o verificatoria,…*" y que: "*En la quiebra es la firmeza de la sentencia falencial la que genera, per se, la mutación de la acción individual en acción verificatoria y el cambio es definitivo conforme a los arts. 125, 126, 200 y 202 de la ley 24.522, salvo que suceda el desistimiento autorizado*"[288].

La quiebra –el concurso también- produce una gran cantidad de mutaciones sustanciales (afecta y modifica devengamiento de intereses, modifica plazos y privilegios de los créditos, afecta a derechos como la retención, compensación, entre otras tantas modulaciones).

Pero también produce alteraciones en la acción de los acreedores: la principal, deja de ser una acción típica individual; modifica los plazos de prescripción, los supuestos de suspensión e interrupción, de caducidad, la competencia de la acción, suspende ciertas ac-

288 Garaguso Horacio Pablo, "Verificación de Créditos", Editorial Depalma, año 1997, págs. 109/110.

ciones, condiciona ciertas ejecuciones, etc.

Si bien no ingresamos en un análisis amplio de la jurisdicción, sus elementos, etc., mencionamos que sus 3 etapas (1. Conocimiento, 2. Juzgamiento, 3. Ejecución) también se ven alteradas por el proceso de quiebra.

Concorde a lo que venimos exponiendo, los acreedores no concurrentes en la quiebra han visto afectados sus acciones y ello importa que –aún concluida la quiebra en cualquiera de sus modos y no sólo ceñido a la quiebra liquidativa- la acción que les "queda" no les permite agredir el patrimonio no desapoderado del deudor. Ese cambio es definitivo.

Es definitivo, en función de los efectos de la cosa juzgada que hemos mencionado (resaltando que no nos referimos con la cosa juzgada al crédito en sí) y por la necesaria satisfacción de la finalidad de la ley y la jurisdicción ejercida por el Juez de la quiebra.

Es decir, que mientras no hayan prescrito sus acciones o extinguido los créditos; éstos mantendrán los mismos, pero con sus acciones mutadas y modificadas por efecto necesario de la Ley.

§ 3.20.1.6 Conclusión de la quiebra y los acreedores que no se presentaron

Desde el aspecto valorativo si interpretásemos que el acreedor que incumple la carga de verificar tiene su acción individual expedita y puede cobrarse de la totalidad del patrimonio del deudor fallido, concretaríamos la injusticia con quien cumple con el llamado de la Ley 24.522 ya que estará en peores condiciones.

Además –y si mantuviésemos esa interpretación-, la falta de presentación de los acreedores a verificar también importa en evidente desincentivo para hallar las soluciones alternativas que propone la ley a fin de evitar la liquidación, como puede ser el avenimiento.

En ese caso si el fallido se aviene acordando con los acreedores presentados (incluso en trámite de revisión o verificación), pero luego un acreedor omiso puede hacer caer esa alternativa al po-

der agredir la totalidad del patrimonio del deudor (es decir, incluyendo todo el patrimonio futuro), lo que hacemos es desalentar soluciones no liquidativas y también a los acreedores que sí han cumplido con la carga de verificar.

Incluso la situación podría ser más injusta aún en caso de quiebra indirecta para los acreedores concursales que arribaron a un acuerdo y vieron novados sus créditos (con las usuales quitas); y luego en la quiebra tendrían una peor posición que los acreedores post concursales y pre falenciales no concurrentes.

Varios autores sostienen que únicamente ante los casos de conclusión de la quiebra por modo liquidativo (pago total o distribución final acaecidos dos años desde la clausura del procedimiento) puesto que la "liberación" patrimonial del fallido siempre estuvo vinculada a que: quien deja atrás todo su activo también debe dejar su pasivo. Ello, sumado a la interpretación que puede hacerse en ese sentido de los arts. 104 segundo párrafo y 107.

Por nuestra parte creemos que algunos de los argumentos dados nos permiten descartar esa interpretación.

En primer lugar, eso permitiría que luego de un proceso de quiebra y todo el desgaste jurisdiccional que lleva, el conflicto que implica el "estado de cesación de pagos" no se resuelva en absoluto.

En segundo lugar, el fin propuesto por el legislador para la quiebra no sea satisfecho puesto que los acreedores no concurrentes seguirán con sus acciones individuales como si la quiebra no hubiera existido.

Desde lo interpretativo estimamos que partir desde uno de los *medios* que da la ley (la liquidación) no es posible ante la posibilidad de hacerlo desde el *fin* de la misma, que es componer el conflicto y liberar al deudor. Éste último debe ser la base para establecer la interpretación correcta.

La "liberación" del deudor –con los alcances que hemos dado, es decir, la mutación de las acciones antes que su liberación en sí- no está basada en que "*quien deja atrás su activo debe poder dejar atrás su pasivo*"- sino en la finalidad de la quiebra de componer el conflicto de la insolvencia y descargar al deudor.

En cuarto lugar y desde lo valorativo, la interpretación propuesta que el fallido que no deja atrás todo su activo no corresponde liberarlo del pasivo; significa que los acreedores prefalenciales –hasta que su crédito se extinga o prescriba- pueden afectar el activo desapoderable finalizada la quiebra. Entonces el argumento sería sólo aparente puesto que nuestra posición estima que aquél acreedor puede siempre afectar el patrimonio desapoderado, agregando que estamos refiriéndonos a acreedores que omiten cumplir con la carga de verificar.

Asimismo, parece útil que con la interpretación que hagamos motivemos que la insolvencia pueda ser resuelta definitivamente con el menor degaste jurisdiccional posible, y que el fallido también pueda estar incentivado a hallar acuerdos con sus acreedores mediante avenimiento y las demás soluciones no liquidativas.

§ 3.20.1.7 Efectos

En función de la posición adoptada y los argumentos que dan lugar a ella, los acreedores anteriores a la sentencia de quiebra no podrán agredir el patrimonio no desapoderado.

Hay quienes sostienen que en ese caso el patrimonio del fallido se divide en dos, pero creemos que no es correcto. El patrimonio continúa siendo único, pero ciertos acreedores (los falenciales) han visto modificadas sus acciones y como consecuencia la acción que corresponde a su derecho no les permite agredir (embargar, ejecutar, etc.) los bienes no desapoderados.

Esta circunstancia no implica dividir el patrimonio en dos, sino que configura las mutaciones de ciertas acciones contra el deudor con el objeto de cumplir la finalidad del proceso de quiebra. Cuando un bien se encuentra afectado a régimen jurídico de la vivienda familiar también es improponible agredir el mismo para ciertos acreedores (art. 249 del CCyC) y ello no significa que el deudor tiene dos patrimonios.

Esto de ningún modo implica la extinción de las obligaciones del fallido, pues si se hallaren bienes no desapoderados está claro que podrán ser embargados y ejecutados.

Concluida la quiebra, si un acreedor pre falencial intenta afectar bienes no desapoderados del deudor, en nuestra opinión éste podrá oponer la cosa juzgada respecto de la mutación de la acción –y no de la legitimidad y extensión de su crédito en sí- levantando las medidas e impidiendo que se afecten ese tipo de bienes.

En función que la quiebra ha concluido y por ende el juez carece ya de competencia al respecto, deberá el deudor presentarse ante el juez que ha hecho lugar a la medida y acreditando los extremos indicados, frenar el avance de la acción sobre bienes desapoderados.

§ 3.20.1.8 Conclusión

Las acciones derivadas de un crédito cuyo deudor quebró, mutan con la firmeza de la declaración de quiebra. Esa mutación no se retrotraerá en caso que la quiebra concluya –sea liquidativa o no-, aunque ese supuesto conclusivo no importará ni la caducidad ni la prescripción de la acción.

§ 3.21 La extensión de la quiebra refleja

Por Juliano Amarilla Ghezzi. Colegio de Abogados de La Plata.

PONENCIA

1. **El socio es responsable ilimitadamente en los términos del art. 160 LCQ cuando responde con todo su patrimonio por la totalidad de la deuda social.**
2. **El régimen de responsabilidad simplemente mancomunada e ilimitada de las sociedades de la sección IV, significa que los socios responden con la totalidad de su patrimonio, pero por su parte proporcional mas no por la totalidad de las deudas sociales.**
3. **Ello implica que, en nuestra opinión, no sea aplicable en los casos de sociedades de la sección IV pluripersonales, el supuesto del art. 160 LCQ.**
4. **Distinto es el caso de la sociedad de la sección IV unipersonal, ya que en este caso el socio único si responde con la totalidad de su patrimonio por la totalidad de la deuda social, ello en virtud que la misma no puede ser fraccionada entre otros socios.**

§ 3.21.1 Introducción

Las modificaciones introducidas a las sociedades de la sección IV de la Ley General de Sociedades (LGS) por la ley 26.994, han significado un cambio de paradigma en comparación con las viejas sociedades no constituidas regularmente de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC). Como consecuencia de ello se pasó de un régimen disvalioso y con tinte sacionatorio, a otro más beneficioso para esta clase de sociedades. En otras palabras, de tratar de disuadir a los potenciales socios de constituir esta clase de sociedad, se los invitó a adoptar esta clase de sociedad.

Este trabajo analiza el nuevo régimen de responsabilidad previsto para estos entes y, en concreto, como éste se relaciona con el supuesto de extensión de quiebra del art. 160 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ).

Principalmente, si en razón del nuevo régimen de responsabilidad, ha dejado de ser aplicable la quiebra refleja en esta clase de sociedades o no.

§ 3.21.2 La quiebra refleja del art. 160 LCQ y la discusión en torno al concepto de "responsabilidad ilimitada"

El art. 160 de la LCQ habilita la posibilidad de extender la quiebra a una persona distinta de la fallida al establecer que:

> *"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".*

Se trata de un supuesto de carácter eminentemente objetivo, ya que la quiebra se extiende al socio sin importar se encuentra *in bonis* o no. Esto se explica en razón de que si el socio fuera solvente, acudiría en auxilio de la sociedad aportando su capital para superar la situación de insolvencia de la sociedad[289].

Esto ha motivado que los autores sostengan que se trata de una quiebra de carácter jurídico y no en razón de una cuestión

289 Ver Barbieri, Pablo C., "La extensión automática de la quiebra. Propuesta para una mejor del sistema", La ley, 1991-C. 938.

económica[290].

En lo que respecta al concepto de responsabilidad ilimitada en los términos del artículo en análisis, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en torno al alcance del mismo, en efecto, se han elaborado tres posturas con el fin de solucionar dicho interrogante.

§ 3.21.2.2 Tesis restrictiva

También llamada contractual[291], para esta postura cuando la ley habla de socio con responsabilidad ilimitada, se refiere al socio originario o contractual. Esta teoría parte de la premisa que la responsabilidad ilimitada está prevista por la ley según el tipo social que se adopte y el socio consienta, ya sea al momento de constituir al ente o al incorporarse al mismo.

En suma, solo se le extenderá la quiebra al socio originario o contractual que integre una sociedad cuyo tipo social establezca una responsabilidad ilimitada.

§ 3.21.2.2 Tesis amplia

Para esta teoria, cuando la LCQ habla de socios ilimitadamente responsables, se refiere a los socios con responsabilidad ilimitada contractual, como así también a los socios que, por alguna prescripción de la ley, deben responder ilimitadamente (por ejemplo en los casos de los arts. 54 y 59 LGS), lo cual los hará sujetos pasibles de ser declarados en quiebra por extensión[292].

En definitiva, según esta postura, la quiebra se extiende a los socios tanto por vía contractual (por ejemplo al socio de una sociedad colectiva), como en el supuesto de responsabilidad ilimitada del socio, como consecuencia de una sanción prevista por la ley (como dijimos, en los casos de los arts. 54, 59 LGS).

290 Ibid.
291 Maffia, Osvaldo J., “Quiebra dependiente”, El Derecho, 71-1977, pág. 612.
292 Ver Quintana Ferreyra, Francisco y Alberti, Eduardo M., “Concursos. Ley 19.551 y modificatoria, comentada y anotada”, Tomo III, Astrea, Buenos Aires, 1990, 12.

§ 3.21.2.2 Tesis intermedia

Esta postura no se centra en el origen de la responsabilidad ilimitada (contractual o sancionatoria), sino en la conceptualización del vocablo.

Para esta corriente, hay responsabilidad ilimitada del socio cuando éste responde por todas y cada una de las deudas sociales con la totalidad de su patrimonio, ya sea que responda de manera subsidiaria o principal según insolvencia del ente[293].

De este modo se excluye a los socios que responden con la totalidad de su patrimonio pero sólo por una parte de las deudas sociales (por ejemplo en el ya mencionado caso de los arts. 54, 59 y 254 LGS).

Cabe destacar que esta postura ha sido ampliamente receptada tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia. Por nuestra parte, adherimos a ella.

§ 3.21.3 Sociedades de la Sección IV. Régimen de responsabilidad

Sabido es que esta clase de sociedades fueron sustancialmente modificadas en su regulación respecto de las sociedades no constituidas regularmente de la LSC, planteándose un cambio de paradigma puesto que se pasó de un régimen de carácter disvalioso a uno más beneficioso.

§ 3.21.3.1 El régimen de responsabilidad de las sociedades de la sección VI LGS

Puntualmente en lo que refiere al régimen de responsabilidad el art. 24 de la LGS establece que:

> *"Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre*

293 Ver Rouillon, Adolfo A.N., "¿Cuál responsabilidad ilimitada determina la extensión de la quiebra social?", El Derecho, 120, pág. 806.

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".

Como adelantaramos, se trata de un régimen de responsabilidad más beneficioso, ello no sólo si lo comparamos con la regulación que la LSC hacía de las sociedades no constituidas regularmente, sino también respecto de algunas de las sociedades típicas actualmente prevista en el Capítulo 2 de la LGS (v.g sociedad colectiva).

El régimen de responsabilidad, en principio, implica que como bien dice la norma, los socios responden de manera simplemente mancomunada y por partes iguales, pero de forma ilimitada. Esto implica básicamente que el socio debe responder con todo su patrimonio pero no por la totalidad de las deudas sociales, sino por la parte proporcional que les corresponde en virtud del fraccionamiento de la deuda social, en tantas partes iguales como socios haya, siempre que no se pacte distinta proporción[294].

En resumen, cada socio responderá de manera ilimitada pero por su parte proporcional, más no por la totalidad de la deuda social, ello así por efecto mismo del régimen de mancomunación simple.

§ 3.21.3.2 Discusión en torno a la posibilidad de aplicar el art. 160 LCQ a los socios de sociedades de la sección IV

El régimen de responsabiliad previsto para esta clase de sociedades, trajo como consecuencia una interesante discusión de la doctrina en torno a si es posible extederle la quiebra al socio de la misma

294 En este trabajo, como adelantáramos, no nos abocaremos al desarrollo de la responsabilidad solidaria cuando ésta surge por alguno de los motivos de los incisos del art. 24 puesto que consideramos que la hipótesis de conflicto que plantemos se da bajo la responsabilidad simplemente mancomunada de los socios.

en los términos del art. 160 LCQ.

Quienes sostienen que es posible extender la quiebra a los socios de las sociedades de la sección IV lo hacen en virtud de considerar que, si bien la responsabilidad es simplemente mancomunada, la misma continúa siendo ilimitada no siendo argumento suficiente para la no aplicación del instituto el hecho de que la deuda se fraccione[295].

Asimismo, se sostuvo que es poco razonable que el socio de una sociedad colectiva, sea susceptible de ser declarado en quiebra por extensión y que por el contrario dicho instituto no alcance al socio de una sociedad de la sección IV[296].

Por otra parte quienes sostienen que no es posible extender la quiebra a los socios de una sociedad de la sección IV, han tomado como principal argumento, entre otras cosas, La responsabilidad subsidiaria de los socios. Como así también el hecho que el socio si bien responde con todo su patrimonio no lo hace por la totalidad de las deudas sociales[297].

295 Ver Boquin, Gabriela F., "La extensión de quiebra y las sociedades de la sección IV", Libro de ponencias del IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo IV, Fepresa, Córdoba, 2015, 346-347; Marcos, Fernando J., "La extensión de la quiebra y los socios con responsabilidad ilimitada y simplemente mancomunada", publicado en el libro de ponencias del LXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, DyD Ediciones, Buenos Aires, 2015, 415; Graziable, Dario J., y Di Lella, Nicolás, "Sobre lo que debe entenderse por socio con responsabilidad ilimitada y la extensión de la quiebra de las llamadas sociedades simples", DSE Nº 346, Errepar, 2016, 930; Usandizaga, Manuel, "La extensión de la quiebra de las sociedades comprendidas en la sección IV Ley General de Sociedades", La Ley Online AR/DOC/3785/2016; Morach, Cecilia I., "Responsabilidad de los socios de sociedades de la sección IV de la Ley General de Sociedades y extensión de la quiebra", publicado en El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema de Derecho Privado. Libro de Ponencias del XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 1era edición, Advocatus, Córdoba, 2016, 1149.
296 Usandizaga, Manuel, La extensión…, 3.
297 Ver Barreiro, Marcelo G., "La virtual desaparición de la extensión de la quiebra del art. 160 LGS", Libro de ponencias del IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo IV, Fepresa, Córdoba, 2015,314; Martinez, Marisol, "Efectos concursales sobre socios ilimitadamente resonsables", publicado en el libro de ponencias del LXI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la

Finalmente, otro de los argumentos radica en el hecho que admitir la extensión de la quiebra a socios ilimitadamente responsables, pero bajo las reglas de la mancomunación, iría en contra de la esencia del instituto creado bajo la premisa de una aplicación e interpretación excepcional y restrictiva[298].

Por nuestra parte adherimos a esta última postura en lo que refiere a sociedades de la sección IV compuesta por 2 o más personas, ello es así porque consideramos que para que aplique la extensión de la quiebra, el socio debe responder con todo su patrimonio, pero por la totalidad de la deuda social, conforme lo desarrolla la tesis intermedia que es de aplicación en el art. 160 LCQ[299].

Sin embargo, y como una excepción a esta "regla", si vemos factible la posibilidad de extender la quiebra en los términos del art. 160 LCQ cuando se trata de una sociedad de la sección IV unipersonal. Ello en virtud de que el socio deberá responder con la totalidad de su patrimonio por el total de la deuda social, atento a que ésta no puede ser fraccionada por no contar el ente con más socios.

§ 3.21.4 Conclusión

De lo hasta aquí elaborado podemos concluir que:

5. El socio es responsable ilimitadamente en los términos del art. 160 LCQ cuando responde con todo su patrimonio por la totalidad de la deuda social.
6. El régimen de responsabilidad simplemente mancomunada

Provincia de Buenos Aires, DyD Ediciones, Buenos Aires, 2015, 353; "Muguillo, Roberto A., Sociedades no constituidas…", 72; López Revol, Agustina y Sánchez, María V., "Sociedad residual y extensión de quiebra", El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema de Derecho Privado. Libro de Ponencias del XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 1era edición, Advocatus, Córdoba, 2016, 1137; Nissen, Ricado A., Ley de sociedades comerciales comentada, tomo 1, 1era edición, La Ley, CABA, 2017, 526.

298 Junyent Bas, Francisco A., y Palazzo, Carlota, "La responsabilidad…",1598.

299 Sobre este tema hacemos un profundo análisis en un trabajo de nuestra autoría de próxima publicacióna.

e ilimitada de las sociedades de la sección IV, significa que los socios responden con la totalidad de su patrimonio, pero por su parte proporcional mas no por la totalidad de las deudas sociales.

7. Ello implica que, en nuestra opinión, no sea aplicable en los casos de sociedades de la sección IV pluripersonales, el supuesto del art. 160 LCQ.

8. Distinto es el caso de la sociedad de la sección IV unipersonal, ya que en este caso el socio único si responde con la totalidad de su patrimonio por la totalidad de la deuda social, ello en virtud que la misma no puede ser fraccionada entre otros socios.

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

ANEXO

dyd
eBooks

TESINA MAGISTER EN DERECHO EMPRESARIO

Liquidación de patrimonios fideicomitidos insolventes conforme el Código Civil y Comercial Unificado.

Cambios sustanciales o límites razonables a la autocomposición.

Autor: Abog. Marcelo Alejandro David

Director de Tesina: Dr. Mario A. Carregal

Tipo de Trabajo: Trabajo Final para obtención del título de Magister en Derecho Empresario

Año: 2020

Índice

I.- Introducción y planteo del tema a desarrollar

II.- Antecedentes

II.a. El no concursamiento del fideicomiso

II.b. La modificación a la ley 24.441 en la materia y la llegada del nuevo Código Civil y Comercial -Unificación del Derecho Privado

III.- Posturas doctrinarias desplegadas en torno a la liquidación de fideicomisos con recursos insuficientes -previo al dictado del Código Civil y Comercial

III.a.- Propuesta de “mix” normativo

III.b.- Extrajudiciabilidad

III.c.- Proceso “paraconcursal

III.d. Postura intermedia

a. Fideicomisos in bonis

b. Fideicomisos in malis. Insuficiencia de recursos vs. Cesación de pagos. Presupuesto objetivo de la liquidación fiduciaria

IV.- Pautas de procedimiento, pertinencia y principios falenciales para direccionar la liquidación

IV.a. Universalidad

IV.b. Colectividad

IV.c. Igualdad

IV.d. Oficiosidad/Inquisitoriedad

V.- Juez competente en liquidaciones de patrimonios fideicomitidos con insuficiencia patrimonial no superada con remedios contractuales

V.a.1. Competencia en razón del territorio

V.a.2. Competencia en razón de la materia

VI.- Legitimación activa y pasiva frente a la liquidación judicial por insuficiencia

Patrimonial

VI.1. Legitimación activa. Voluntaria

VI.2. Legitimación activa. Proceso forzado o contencioso

VII. Procedimiento. Tramitaciones previas al auto liquidatorio

VII.a. Medidas cautelares

VIII.- Sentencia de liquidación. Publicidad

IX.- Liquidador. Composición y sistema de designación

X.- Conversión

XI.- Recursos contra la sentencia de liquidación

XII.- Efectos de la liquidación

XII.a. Efectos personales

XII.b. Inhabilitación del fiduciario

XIII.- Efectos patrimoniales. Desapoderamiento

XIV.- Continuación de la actividad del fideicomiso en liquidación

XV.- Periodo de sospecha

XVI.- Efectos generales sobre las relaciones jurídicas preexistentes

XVII.- Extensión de la liquidación. Grupos Económicos

XVIII.- Responsabilidad de terceros/representantes

XIX.- Efectos de la liquidación sobre el contrato de trabajo

XX.- Liquidación y distribución

XXI.- Informe final y proyecto de distribución

XXII.- Conclusión y clausura de la liquidación

XXIII.- Preferencias y privilegios

XXIV.- Subordinación crediticia en el escenario liquidativo

XXV.- Conclusión

Resumen

La presente tesina atraviesa un análisis de la evolución que ha tenido la liquidación de los fideicomisos insolventes en nuestro país, arribando al estudio de la problemática actual de la normativa devenida luego del dictado del Código Civil y Comercial de la Nación. Se abordan desde la doctrina y la jurisprudencia el sinnúmero de plenteos y situaciones que se generan al aplicar en forma pertinente las normas de la liquidación falencial a un contrato -que conforma un patrimonio de afectación por separado en el escenario del dominio impefecto-.

I.- Introducción y planteo del tema a desarrollar

Desde el dictado de la Ley 24.441[300] –Financiamiento para la Vivienda y la Construcción- la doctrina ha mostrado su preocupación respecto de la falta de una debida y completa regulación positiva en los estados y procesos de liquidación de patrimonios fideicomitidos, tratando de cercar la más plena libertad contractual asentada en la autonomía de la voluntad de las partes otorgantes y adherentes a este tipo de estructuras negociales, con una tendencia a la aplicación de procesos ortodoxos normados.

En el devenir del presente trabajo intentaremos dar respuestas al estado actual de la situación doctrinaria y jurisprudencial de la liquidación de los fideicomisos trasuntando un estado de insolvencia. Analizando los antecedentes y la evolución del instituto, profundizando el estudio de los cambios instados incluso con el dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Abordaremos desde diversos enfoques cuáles son las las pautas a tener en cuenta para definir si es obligatorio y cuando liquidar una estructura de negocios contractual vehiculizada en un patrimonio de afectación por separado -fideicomiso-. Trataremos de ahondar el estudio de las interpretaciones doctrinales y jurisdiccionales, las que entendemos no han sido sanzajadas ni siquiera con el dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación[301]. Dilucidando el alcance del principio interpretativo de "pertinencia" en la aplicación de la ley de quiebras aplicado a un contrato particular como lo es sin dudas el negocio fiduciario.

El saber si la liquidación debe ser judicial o no y cuando, la validéz y alcance de las "cláusulas contractuales preventivas", conocer quién debe afrontar esa responsabilidad de protagonizar el *iter liquidativo*, determinar las legitimaciones activas y pasivas, la integración de la litis, el tipo de proceso, la competencia jurisdiccional, la sentencia a dictarse, la publicidad, las pautas de preferencias/privilegios/subordinaciones frente a recursos limitados en el escenario de múltiples interesados, sean estos partes en

300 Sancionada: Diciembre 22 de 1994.Promulgada: Enero 9 de 1995.
301 Ley 26.994 y Ley 27077 que impone la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento del derecho privado argentino con fecha 1 de Agosto de 2015.

el contrato o terceros que posean un concreto interés contra el patrimonio de afectación, son y han sido los escenarios que han preocupado a la doctrina fiduciaria.

A medida que vayamos avanzando en la prolemática, trataremos de esbozar conclusiones parciales, que a la postre se integrarán con todo un sistema interpretativo de normas pertinentes y análogas que comprondrán una hoja de ruta a seguir frente a la insolvencia fiduciaria.

II. Antecedentes.

Hace más de 20 años que en argentina ha prevalecido en la praxis contractual y judicial la **libertad contractual,** y por en ende las liquidaciones se han dado en su mayoría fuera de los tribunales, pauta que entiendo ha crecido y se ha afianzado debido a la imposibilidad de aplicar lisa y llanamente la normativa falencial. Dejando asentado como premisa indudable que el fideicomiso se corresponde con un **contrato plurilateral** -patrimonio no personificado- y **no en un sujeto de derecho** –no obstante la forzada "*personalidad fiscal*" impuesta por la presión tributaria gobernante en el país a la fecha-.

No dejando de advertir que desde el dictado de la Ley 24.441 (promulgada el 9 de enero de 1995) el sistema de liquidación frente a la insuficiencia patrimonial establecido por los arts. 16[302]y 24 sentaba las bases de un deficiente régimen extrajudicial,

302 Ley 24.441 artículo 16. — Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.
Artículo 24. — Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:
a) La transferencia del patrimonio fideicomitido como unidad a otra sociedad de igual giro;
b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;

que en principio se caracterizaba por la **preeminencia contractual**, por su divorcio con la ley falimentaria excepto en lo que refiere al orden de las preferencias y los privilegios de esa ley, y por una ausencia casi absoluta en torno al régimen o principios a aplicar. Todo ello ha dado lugar a críticas doctrinarias y a fallos incluso ambivalentes que no obstante la escasa cantidad de cuestiones judiciales conocidas, ha sabido a la fecha sortear tal deficiente modo de legislar el supuesto.

Kiper y Lisoprawski[303] en su tratado de fideicomiso han criticado este sistema originario de la ley 24.441 al indicar que "*la norma en cuestión anticipa una verdadera "caja de Pandora" cuyo contenido resulta difícil de revelar, por ahora*", sostenían. Advirtiendo que en un principio suponían el régimen de liquidación en caso de insuficiencia como **extrajudicial**, sin que por ello descartaran la instancia judicial "*como vía inicial o como instancia ulterior*".

Sosteniendo los autores citados en la misma obra, que frente a las circunstancias del conflicto concreto del fideicomiso en crisis se deberá hacer un esfuerzo de imaginación para la aplica-

c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitidos hasta la extinción del fideicomiso;
d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitido; e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman; f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado. La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización. Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inciso b) en que la mayoría será de dos terceras partes (2/3) de los títulos emitidos y en circulación. Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a los menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.

303 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski Silvio V.; "Tratado de Fideicomiso", Buenos Aires, 2012, tercera edición, Abeledo Perrot, Tomo II, página 614.

ción de remedios legales, en particular los de carácter procedimental (por ejemplo: normas del proceso verificatorio de la ley de concursos). Dejando expuesto que si no se aplican los principios de ordenamiento y protección que informan al régimen falencial –más o menos liberal- u otro régimen de liquidación, que deba ser acatado por todos, no encontramos una conducta satisfactoria que nos conduzca a la intervención de la justicia u otro órgano de fiscalización confiable.

Resulta claro que la **autocomposición de los conflictos** fue la regla que se pusiera en práctica con la ley 24.441, aún en situaciones de insuficiencia patrimonial, una suerte de perinola curativa enancada en la libertad por oposición a la **ortodoxia falimentaria** muchas veces destinada al fracaso en sus dilatados y magros resultados.

II.a. El no concursamiento del fideicomiso

Compartimos con la mayoría de la doctrina[304] que el legislador desde el año 1994 en adelante ha signado una **excepción al régimen concursal**, que más allá de la carencia de personalidad, se asienta en el voluntarismo y la ingenuidad –hasta ahora con suerte- para encarrillar los esquemas liquidatorios de las fiducias. Compartiendo con parte de la doctrina que el fideicomiso tampoco puede presentarse en concurso preventivo[305], puesto que no obstante la ley solo prohíbe la quiebra, resulta claro que utiliza el concepto en un sentido genérico alegando al régimen falencial con las instituciones que componen la ley de concursos y quiebras. De los propios textos de la Ley 24.522 y sus sucesivas modificaciones, nada permite inferir lo contrario, ya que incluso esta última norma es especial y ulterior, y no obstante ello no ha previsto en sus arts.

304 Games, L.M.F. y Esparza G. A., "*Fideicomisos y concursos*", Depalma, Buenos Aires, 1997, página 36, con reserva ven alguna posibilidad de concursamiento que no compartimos. Al igual que Vázquez, Gabriela; "El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2001-3, página 105.

305 Junyent Bus, Francisco y Giménez Sofia, "*La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido*", quien no obstante citar un trabajo de nuestra autoría y reseñar las diversas posturas, brega por el concursamiento del patrimonio fideicomitido. Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Héctor Alegria director, mayo junio 2019, páginas 650 a 652.

2 inc. 1 y 2 nada al respecto (Ley 24.522).

E incluso, si tenemos en cuenta el principio de unicidad de la ley concursal, no podemos extirpar la quiebra y dejar viva la solución concursal, que como se sabe, en muchos supuestos se concatena con la quiebra misma –quiebra indirecta y/o en el supuesto de la conversión-.

Permitir el concursamiento liso y llano del fideicomiso, con la excusa de que la ley no lo prohibió expresamente, es a nuestro criterio una interpretación exegética que no se adecúa con una debida integración e interpretación normativa adecuada, ello en función principalmente de la especialidad de la norma, de la prohibición concreta del proceso de falencia en sentido genérico, y por no considerar la propia ley 24.522 la habilitación de este patrimonio no personificado como pauta legitimante concursal -siendo que incluso con la herencia si lo ha establecido de manera expresa-.

Mocionando como infra sugerimos, que el propio contrato en base a la autonomía de la voluntad podrá establecer procedimientos preventivos o pautas a seguir en caso de insolvencia, como lo son la fijación de similar período informativo y de exclusividad, pero claro que sin gozar de los efectos propios de la novación concursal, por cuanto allí no habrá imperio de ley para oponer nada a quien se oponga a concordar con el fideuciario o el liquidador en su caso.

Ahora no estamos de acuerdo con la doctrina que niega al fideicomiso como patrimonio de afectación generar un APE -acuerdo preventivo extrajudicial- con sus acreedores[306] –aunque no goce de la posibilidad de homologarse conforme el art. 71 LCQ- en el supuesto mocionado. Ello toda vez que el APE puede o no someterse a su homologación judicial en los términos normados por el art. 69 de la Ley 24.522, no quitando la posibilidad el legislador a que el fiduciario pueda arribar a un APE con los acreedores del fideicomiso, siendo el mismo válido entre las partes pero no susceptible de generar espectro vinculante respecto de los acreedores que no

306 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski Silvio V.; "*Tratado de Fideicomiso*", ob. cit., Tomo II, página 617.

hubieran participado. Ello por cuanto sí está vedado el APE como subtipo concursal, y por ende no puede el patrimonio fideicomitido pretender homologar APE alguno.

II.b. La modificación a la Ley 24.441 y la llegada del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -Unificación del Derecho Privado-.

Debemos incluso resaltar que a la fecha no han transcurrido 30 años desde la regulación metódica y positiva de los negocios fiduciarios en la Argentina, plazo en base al cual la mayoría de los fideicomisos se han constituido, lo que sin dudas repercutirá a la fecha en la baja litigiosidad demostrada por los fideicomisos en los estrados judiciales, debiendo tener presente que 30 años es el tope máximo de plazo general permitido para la vida y despliegue comercial de los patrimonio fideicomitidos con las excepciones previstas en la ley y sostenidas por la reforma al derecho privado unificado.

Cuestión que resulta omitida por la mayoría de los tratadistas, pero que sin dudas entendemos representará un factor determinante en el aumento del número de liquidaciones por cumplimiento del plazo e imposibilidad legal de prorrogar los acuerdos fiduciarios, incluso advertir que es probable que las partes pretendan generar "*nuevas*" fiducias con los mismos bienes, a los fines de simular diversos "*nuevos*" negocios que no serán más que continuaciones no permitidas por la ley.

En las jornadas de insolvencia de patrimonios fideicomitidos desarrollada en el Colegio de Abogados de La Plata allá por noviembre de 2014[307], el propio Camarista Civil y Comercial Dr. Ricardo Sosa Aubone se encargó de analizar las estadísticas sobre la judicialización de problemas relacionados con fideicomisos en

307 Jornadas sobre "***Fideicomiso e Insolvencia***", organizadas por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de La Plata, que contara con el auspicio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata y del Colegio de Magistrados de la Provincia de Buenos Aires. De la cual participaran los Dres. Junyent Bas, Francisco; Scoccia, Sebastian; David, Marcelo A; Garobbio, Carlos E.; Santi, Jorge; Ferrer, Patricia; FavierDubois (h), Eduardo; y Sosa Aubone, Ricardo. Desarrolladas en el CALP en día 17 de Noviembre de 2014.

el propio ámbito del Departamento Judicial de La Plata, pudiendo advertirse ese día en el auditorio la sorpresa respecto de la novedad traída por el expositor citado, quien sostuvo que son "*casi exiguos*" los problemas judicializados en torno a los fideicomisos a la fecha en ese departamento judicial. Dicha pauta de escasa judicialización le viene dando la razón a letrados y doctrinarios que vienen defendiendo la no judicialización *per se* de las liquidaciones de este tipo de patrimonios de afectación, quedando la justicia a resguardo de la legalidad en un plano subsidiario -en guardia pasiva-.

El fideicomiso a través de las sucesivas propuestas de unificación y reformas del derecho privado nacional ha pretendido ser modificado, baste referir como los más recientes el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto del Ejecutivo de 1993 y el Proyecto de 1998, los cual sin dudas son el fruto del trabajo de la doctrina para adaptar la legislación a los tiempos respectivos.

Hace ya unos años comenzó a regir en la República Argentina un nuevo Código Civil y Comercial Unificado -CCCN-, cuerpo normativo que tiene su base, con algunas reformas no menores en el Proyecto de Unificación de Alterini del año 1998. El mismo fue redactado por una Comisión integrada por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, designada por decreto presidencial 191/2011. La Comisión, que tubo un sistema de trabajo un tanto criticado por disperso e inorgánico, convocó a numerosos juristas y profesores a contribuir en la confección del Anteproyecto que luego fuera en sendos artículos modificado parcialmente por el Poder Ejecutivo.

En materia de fideicomiso ha sido el Dr. Claudio Kiper, quien mocionara la convocatoria a colaboradores y auspiciara el pedido de altas y reconocidas opiniones doctrinarias en materia de fideicomiso. Tarea a la que se agregó luego Martín Paolantonio, quien hizo valiosas sugerencias en materia de fideicomiso financiero.

El grupo de trabajó conforme lo cuenta el propio jurista Fernando Marquez entendió que el régimen del fideicomiso

regulado por la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296), con escasos 22 años de vigencia, **no debía ser reformado de manera sustancial**, pues, en general, se mostró eficiente en su aplicación por los operadores del derecho.

El Proyecto de 1998 también había tomado como base la Ley vigente, dándole una mejor sistematización, modificando o aclarando aspectos puntuales que habían sido motivo de discusiones desde el año 1995 —fecha de sanción del régimen del fideicomiso— hasta la presentación de aquel proyecto.

Fue por ello, cuenta uno de los participantes del proyecto en materia de fideicomiso, quien expusiera que el sistema de trabajo se desplegó "*dentro de una directiva general que propuso **seguir el texto del Proyecto de 1998** a fin de dar cierta uniformidad a los textos que propusiera cada grupo de trabajo, que adoptamos dicho Proyecto, introduciéndole los cambios que consideramos merecían realizarse. A ese fin consultamos las críticas realizadas por la doctrina al texto vigente y los problemas judiciales que ha generado su aplicación. En este camino, **cursamos preguntas a reconocidos especialistas en la materia**, quienes expresaron sus posiciones sobre las cuestiones planteadas*[308] *y se consultaron las principales resoluciones judiciales dictadas desde la vigencia de la figura. La Comisión reformadora nos hizo llegar*

308 Los aspectos que, en primera instancia se consultaron fueron: 1. ¿Es conveniente mantener la posibilidad de cuatro intervinientes (las partes; fiduciante y fiduciario; el beneficiario y el fideicomisario) o es preferible eliminar trabajar con tres figuras: fiduciante, fiduciario y beneficiario (transitorio o residual)? 2. ¿Es conveniente eliminar la remisión que hace la ley a las normas del dominio fiduciario y regular la propiedad fiduciaria dentro del régimen del fideicomiso? 3. ¿Es conveniente fijar una forma solemne al contrato de fideicomiso? 4. ¿Es conveniente exigir la registración del contrato en el Registro Público de Comercio? 5. ¿Es necesario aclarar que las universalidades pueden ser objeto de fideicomiso? 6. ¿Se debe prohibir expresamente que el fiduciario sea beneficiario y o fideicomisario? ¿En caso, se deben hacer excepciones a la regla cuando el propio beneficiario cuando es una entidad financiera autorizada? 7. ¿Se debe derogar la limitación a la cuantía indemnizatoria para el caso de daños causados por cosas riesgosas o viciosas e imposibilidad de aseguramiento? 8. ¿Se debe prohibir en forma expresa la cláusula de no enajenación en el fideicomiso? 9. ¿Debe derogarse la no concursabilidad del fideicomiso? 10. ¿Se debe modificar la legítima para favorecer el fideicomiso testamentario? 11. ¿Es necesario aclarar que puede haber fideicomiso de garantía?

sus posiciones sobre los aspectos que se proponía reformar. Realizada esta tarea llegamos a la conclusión que ***el régimen vigente no merece cambios profundos****, pues se ha mostrado eficiente y no ha generado grandes problemas de interpretación y aplicación. Por ello propusimos mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendimos debían ser realizadas, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcaron como necesarios*".

III.- Posturas doctrinarias desplegadas en torno a la liquidación de fideicomisos con recursos insuficientes -previas al dictado del Código Civil y Comercial-.

Diversas han sido las posturas doctrinarias desplegadas en forma previa al dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las que se agudizaron incluso luego del fallo dispuesto por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital in re "***Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación***", donde la Alzada revocando el fallo de la instancia expuso "*que si bien en el procedimiento previsto en el art. 16 de la Ley 24.441 para la liquidación del patrimonio fideicomitido predomina la extrajudicialidad, no existe óbvice para que se lleve a cabo judicialmente si en el contrato de fideicomiso no se establecieron previsiones al respecto, siendo que se trata de una medida que evita dejar en exclusivas manos del fiduciario la oportunidad y forma en la que debe llevarse a cabo, con lo que se otorga una tutela adicional a los acreedores*"[309].

En el presente capítulo procederemos a receptar y condensar las diversas posturas doctrinarias adoptadas:

III.a.- Propuesta de "*mix*" normativo

Diversas han sido las soluciones propuestas por la doctrina y los jueces, hasta incluso parte de la misma ha propuesto la aplicación por vía analógica de un **"*mix*" normativo entre el sistema de liquidación societaria (arts. 101 sigtes. y ccdtes. LSC) y el proceso concursal**, idea que en la pluma de Molina

309 CNCom. Sala "E", 15/12/2010.

Sandoval[310] a mi criterio mezcla a falta de regulación, las normas para la liquidación de estructuras societarias comerciales *in bonis*, con el proceso concursal expresamente pensado para la colectividad de acreedores afectados por sujetos de derecho *in malis*. Pretendiendo enjugar procesos pensados para situaciones disímiles, como lo son las situaciones de disolución societaria, que devienen en liquidaciones no insolventes, donde incluso las reglas son de subordinación de cobro de los socios frente a las acreencias de terceras personas acreedoras del fideicomiso. Pautas extremadamente diversas a las que fijen los principios falenciales y su batería de institutos de forma y fondo que sin dudas trazan otro andarivel liquidativo. Esta propuesta incluso ha sabido tener aplicación jurisprudencial en los últimos casos con difusión conocida en la materia[311].

II.b.- Extrajudicialidad. "*Judicialización subdiaria*".

Hay quienes, incluso aún a la fecha, sostienen que la liquidación de los patrimonios fideicomitidos deben continuar siendo extrajudiciales, marcando en dicha postura una crítica al sistema judicial en lo que respecta a la falta de especialización, a las demoras injustificadas en la tramitación de los procesos, a los costos elevados de la propia judicialización, entre otros de los puntos.

Capitalizando para sí esta postura que a la fecha no son demasiadas las cuestiones que se han judicializado en torno a la liquidación de patrimonios de afectación por seperado en el marco negocial. Scoccia y Lombardi[312] compartiendo la postura de Games

310 Molina Sandoval, Carlos A.; "*El Fideicomiso en la dinámica mercantil*", Abaco, Buenos Aires, 2004, páginas 310 y ss. En el mismo sentido Ise Figueroa, Tomás, "*Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos*", La Ley, 1999-A-899.

311 Kiper, Claudio M.Lisoprawski, Silvio V.; "Liquidación judicial de un fideicomiso inmobiliario", Publicado en: LA LEY 14/02/2012 , 5 • LA LEY 2012-A , 340. Fallo Comentado: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 17 ~ 2011-09-12 ~ Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial, Cita Online: AR/DOC/647/2012.

312 Scoccia, Sebastián y Lombardi, César Eduardo, "*Derecho Procesal Comercial*" obra coletiva dirigida por GraziabileDario, Tomo II, Buenos Aires 2013, editorial Abeledo Perrot, páginas 1322 y ss.

y Esparza[313] se inclinan aún con el dictado del nuevo Ccódigo en sostener la no judicialización como regla de las liquidaciones; sosteniendo los citados que "*…durante más de quince años desde la sanción de la ley no hemos tenido mayores casos jurisprudenciales donde se denuden problemas con la extinción de fideicomisos. Y los mismos destinatarios del sistema tampoco han entablado acciones alegando que se han violentado sus derechos comenzando con el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, vemos que los procesos de liquidación judiciales –liquidaciones de condominios, sociedades de hecho y hasta las mismas quiebras- se eternizan a voluntad de las partes amparadas por una normativa procesal que las faculta a dilatar conforme sus intereses que no suelen ser muchas veces los de la mayoría. Es por estas cuestiones y por la experiencia fáctica, que nos inclinamos por la visión de la ley que introduce las pautas generales de liquidación para que las partes las diagramen en detalle, y ante la falta de ellas, el fiduciario deberá hacer cargo conforme su saber y entender. Aún en caso de querer acceder a la justicia para requerir mayor seguridad jurídica, el magistrado solo debería establecer las pautas del procedimiento o eventualmente designar un perito liquidador para que de acuerdo a sus pautas y en forma totalmente extrajudicial, cumpla el cometido por el cual ha sido elegido*".

Incluso el maestro Carregal sostiene a la fecha que la justicia debiera intervenir solo de **modo subsidiario**, no siendo partidario de la actual redacción dada al art. 1687, al sostener que "*va de suyo que si cualquiera de los acreedores del fideicomiso no estuviese conforme con lo resuelto por el fiduciario, tenía abbierta la vía judicial y en ese espacio habrían de definirse los conflictos existentes. Es decir, implícitamente la justicia actuaba en forma subbsidiaria, en cambio ahora es menester recurrir siempre al juez, aun cuando exista un solo acreedor que esté disconforme con lo que resuelva el fiduciario*"[314].

313 Games, Luis M. y Esparza, Gustavo A., "*Liquidación del patrimonio en fideicomiso*" JA 1998 III.
314 Carregal, Mario A., "*Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso*", La Ley 18/04/2016. LL 2016-B-1166.

Por cuanto claramente los vicios[315], las responsabilidades del fiduciario, el accionar delictual y demás menesteres como pueden acontecer en el escenario propio de un contrato, siempre tuvieron y tienen la opción de concurrir a los tribbunales para resolverlas; y es más, muchas de esas acciones en modo alguno se empranten directamente con la liquidación.

III.c.- Proceso "paraconcursal"

Junyent Bas, entre otros[316], han sostenido que la regulación de la ley 24.441 "*es de una pobreza llamativa, pues el precepto se limita a vedar la quiebra, nada predica de los remedios preventivos y parece realizar una opción por la vía extrajudicial realmente patética por las lagunas jurídicas que conducen a una suerte de perplejidades*". Adhiriendo el autor cordobés en inclinarse, por aquel entonces, en la aplicación analógica de aquellos remedios preventivos que viabilicen la correcta tutela de los acreedores del patrimonio fideicomitido, así como ubiquen a los derechos que le caben a los beneficiarios y eventualmente al fiduciante. Siendo incluso este autor quien ya introduce la necesaria distinción entre la liquidación de patrimonios suficientes y patrimonios afectados por insuficiencia patrimonial – quiebra económica como lo menciona expresamente en el trabajo citado-.

Refiriendo que el legislador de la ley 24.441 ha pretendido una "*liquidación sin quiebra*" y remarcando la inviabilidad de la **mera "*extrajudicialidad*"**, y observando el necesario respeto por la tutela jurisdiccional en torno a respetar la vigencia de los principios propios de la a) universalidad patrimonial y b) la colectividad de acreedores como presupuesto de distribución, que solo puede trasuntar por un proceso judicial "*paraconcursal*".

315 Recomenados en dicho escenario, que excede el presentre trabajo, la obra desarrollada por Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M., "*Vicios que pueden afectar al contrato de fideicomiso. Remedios legales cuando se emplea el fideicomiso para burlar la ley*", RDDyC 2017 (julio), 10/7/2017, 46.

316 Junyent Bas, francisco A., "*La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio ¿Un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?*, LLC 2004 (agosto) 701, la ley online AR/DOC/2571/2014. Larrondo, Evangelina – Wetzel, Fernando; "*La aplicación de las normas concursales al fideicomiso*", RDCO 282, 09/02/2017, 3.

Postura que el autor citado[317] ha sostenido aún con el dictado del nuevo Código Unificado, al sostener que "*creemos con total convicción que el patrimonio fiduciario como tal es concursable y apeable, y ante la frustración de dichos procesos, procederá la liquidación, tal como lo establece el código*". El mencionado jurista utiliza como argumentos para sostener el concursamiento listo y llano que a) las mutuales tampoco han sido incluidas en la ley concursal y sin embargo usan de dicho proceso; b) reconociendo la falta de personalidad jurídica del patrimonio fideicomitido reseña su innecesariedad para concursarse fundado en los casos del patrimonio de la persona fallecida -siempre que se mantenga separado de los propio de los herederos (sucesión indivisa)- y respecto de los bienes situados en el país de la persona domiciliada en el extranjero; c) referencia que el fideicomiso a su criterio tiene personalidad fiscal; d) Refiere que el Código en su art. 1687 solo prohibe la declaración de quiebra, pero no prohibe la aplicación de los otros institución de la misma Ley 24.522, remitiéndose al principio constitucional de reserva (art. 19 CN).

III.d.- Postura intermedia

Márquez[318] sostiene que "*el régimen vigente no merece cambios profundos, pues se ha mostrado eficiente y no ha generado grandes problemas de interpretación*". Mencionando el citado autor que en caso de insuficiencia del patrimonio, **se delega la solución en las disposiciones contractuales y, en su defecto, dispone que procede la liquidación del patrimonio por vía judicial, fijando el procedimiento de la liquidación en base a las normas concursales, en cuanto sean pertinentes**. En definitiva, se mantiene el fideicomiso fuera del régimen del concurso y la quiebra, siguiendo así la impronta de la Ley 24.441 (arts. 16 y 24), pero, como respuesta a las justificadas críticas de la doctrina, el art. 1687 del CCCN "*da una solución intermedia entre el régimen de extrajudicialidad extrema actual y la incorporación lisa y llana del*

317 Francisco Junyent Bas y Sofía I. Giménez; *"La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido"*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Fundada por Isaac Halperin en 1968, Directores Héctor Alegria y Raúl A. Etchverry, Mayo Junio 2019, páginas 650/651. Thomson Reuters.

318 Márquez, José Fernando, "El fideicomiso en el Proyecto de Código", La Ley 18/08/2012.

fideicomiso como patrimonio sujeto de concurso o quiebra".

Pauta intermedia que también comparten Kiper y Lisoprawski al sostener que "*Si bien hay quien hubiera preferido incorporar al fideicomiso lisa y llanamente al régimen de la LCyQ, opinamos que esa política no sería más conveniente a la luz de la experiencia habida*". Hay un dato refieren los autores que llama a la reflexión "*apenas a fines del año 2010 se produjo el primer precedente jurisprudencial de la liquidación judicial de un fideicomiso, siendo que la ley 24.441 es del año 1995. En casi quince años de vigencia y de desarrollo exponencial de la figura no hay evidencia que obligue a adoptar una política legislativa más radical que la propuesta en el proyecto. Aunque la experiencia jurisprudencial todavía es escasa, por ahora pudimos comprobar que la aplicación de este régimen intermedio en el ámbito de la ley 24.441, sin recepción legislativa y solo impuesto por la vía de la aplicación analógica, parece ser dinámico y eficiente. Sin dudas esos antecedentes fueron debidamente merituados por los redactores. Por esas razones el paso que ideo el proyecto subsana el vacío existente en la ley vigente sin producir un cambio más radical que podría actuar en disfavor de la figura. Para no encorsetar el fideicomiso directamente dentro del régimen concursal, se buscó una solución más flexible que sea compatible con las características de multifuncionalidad de la figura, como continente o articulador de una variedad casi incontable de negocios. Vemos que la solución proyectada le da al juez la herramienta normativa de la LCyQ y a la vez la posibilidad de emplearla de acuerdo a la especial naturaleza del fideicomiso y a las circunstancias del caso concreto. Es un dato más a tener en cuenta a favor de la política legislativa elegida por los redactores*". Es importante la cita y la transcripción por cuanto tanto el Dr. Kiper como el El Dr. Márquez han participado y colaborado en el proyecto de código, conforme el segundo de ellos expresamente lo hace público en el artículo tomado como fuente de su postura.

Pero a la fecha, el legislador sigue privando a los patrimonios fideicomitidos de la posibilidad de concursarse, de apear-

se con efectos homologatorios o de quebrar[319]; pero a partir del dictado del art. 1687 del Código Civil y Comercial Unificado –en adelante CCCN- no obstante negar en forma rotunda la posibilidad de quebrar, frente a la insuficiencia de recursos suficientes como para atender a las obligaciones contraídas, exige que a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario conforme pautas contractuales procede su liquidación judicial en manos del juez competente, quien debe fijar procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo pertinente.

Todo lo expuesto motiva el análisis de diversos supuestos:

a) **Fideicomisos in bonis**

Resulta claro que el legislador ha dejado de lado a los patrimonios fideicomitidos con buena salud económico financiera o carentes de obligaciones exigibles de la directa judicialización, o por decirlo de otro modo, cuando los patrimonios fideicomitido no sufran de insuficiencia o caracteres que determinen atisbos de insolvencia o la cesación de pagos propiamente dicha, los mismos podrán ser liquidados conforme las pautas contractuales previstas o por las que las partes otorgantes con anuencia necesaria del fiduciante se otorguen para dicho proceso.

Desmistificando que lógicamente la liquidación no siempre tiene que darse en un escenario de insuficiencia patrimonial, el cumplimiento del objetivo o finalidad trazada, el cumplimiento del plazo, la renuncia del fiduciario no sustituido por otro, la decisión propia del fiduciante de no continuar, entre otros supuestos, representan en gran parte la mayor cantidad de causales liquidatorias de patrimonios fideicomitidos en nuestros días.

En los supuestos que denominamos genéricamente fideicomisos *in bonis* debemos entender y mocionar que la pauta de **liquidación es extrajudicial,** y básicamente contractual o sostenida por la voluntad de las partes, sin dejar de advertir que en

319 Postura mocionada por nosotros en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Editorial Advocatus, Córdoba 2015, Tomo II página 364, y receptada por Junyent Bus Francisco y Giménes Sofía I, "*La insuficiencia del patrimonio fideicomitido*", quienes la ensasillaron como postura intermedia. ob. cit., pág. 650.

diversos supuestos también podrá devenir la judicialización, pero no ya como regla legal, sino frente a la imposibilidad de las partes de resolver por sí solas el iter liquidativo con las herramientas del contrato o con la anuencia de voluntades frente a la carencia de normas previas o por la renuncia o la interposición de acciones de responsabilidad contra el fiduciario lo que puede tornar dificultoso el camino extrajuidicial.

b. **Fideicomisos "*in malis*". Insuficiencia de recursos vs. cesación de pagos. Presupuesto ojetivo de la liquicación fiduciaria.**

La nueva pauta legislativa habla de insuficiencia patrimonial sin demasiada precisión terminológica en materia económica financiera, pautando la mayoría de la doctrina que se trata de una definición que debe asimilarse a "*cesación de pagos*". Pauta de la que no puede estar uno de acuerdo[320] por los siguientes motivos: a) la insuficiencia en materia falencial no se identifica con la insolvencia/cesación de pagos, no advirtiendo utilidad doctrinal de forzar un escenario que pretende omitir la diferenciación fáctica y conceptual; b) si no puede quebrar el fideicomiso porque motivos queremos de todos modos tomar lo falencial *in totum*, cuando incluso la norma legislativa claramente habla de insuficiencia patrimonial a secas.

Insuficiencia sin dudas hace referencia a un estadio de crisis patrimonial anterior al conocido y difundido estado de cesación de pagos –en su más desarrollada y última teoría concretada por la doctrina concursal-, dando muestras el legislador de su intención de que los problemas en los patrimonios fideicomitidos deben ser atendidos en forma previa a su agravamiento económico financiero. Tampoco está mal que la justicia tome participación cuando se comienzan a avizorar las posibles bases gestantes de una cesación de pagos, la insuficiencia de recursos frente a las obligaciones en el corto plazo -sumado a la carencia de recursos ordinarios para hacer frente- es una buena señal como para que los legitimados insten la aportación de rescate con recursos contractuales o co-

320 En sentido similar Prono, Ricardo S.; "*Algunas reformas en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso*", La Ley 23/12/2015. La Ley 2016-A-662.

miencen a delinear un procedimiento de liquidación con la anuencia hoy de la justicia.

Notamos incluso que la insuficiencia a la que hace referencia el nuevo código se trata de una insuficiencia de "*bienes fideicomitidos*", y claramente sostener que eso es cesación de pagos, es hacer decir a la norma lo que la norma no dice, aún conociendo claramente la normativa concursal a la que el legislador en el nuevo código entiende aplicable en lo pertinente. Debemos también manifestar que la insuficiencia que debió ser receptada es la de **recursos** no la de bienes fideicomitidos, por cuanto si los bienes fueran insuficientes, que impediría al fiduciario recurrir al crédito externo, a métodos de financiación contractualmente autorizados –hipotecas, prendas, bonos, nuevos integrantes, inversores, etc.-, claramente no habría impedimento, incluso el propio artículo 1667 inc. b del CCCN exige en el contrato la "*determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso en su caso*"; incluso el art. 1688 dispone que "*el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario*" –muchos menos de terceros inversores ajenos a la estructura de partes del fideicomiso-.

No compartimos por ende las posturas de los Dres. Junyent Bas, Molina Sandoval, Kiper y Lisoprawsky, Lorenzetti y Marcos entre otros[321], quienes postulan que el concepto de insuficiencia

321 Junyent Bas, francisco A., "*La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio ¿Un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?*, LLC 2004 (agosto) 701, la ley online AR/DOC/2571/2014; Molina Sandoval, Carlos; "Ley de Concursos comentada", Editorial Abeledo Perrot y LexisNexis, Buenos Aires, página 293, 294 y 312; Arduino, Augusto H. L.; "*La insuficiencia de bienes como causal de liquidación de fideicomiso*", RCCyC (octubre), 3/10/2019, 181. Lorenzetti, Ricardo Luis, "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*", De Lorenzo, Miguel Federico – Lorenzetti, Pablo (coords), 1 edición, Tomo VIII, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 230; Kees, Milton Hernán, "*La liquidación judicial del contrato de fideicomiso*", SJA 06/09/2017, página 59. Marcos, Fernando Javier, "*Aplicación de las acciones de recomposición patrimonial y de responsabilidad en la liquidación judicial del fideicomiso por insuficiencia de los bienes que lo integran. Legitimación del liquidador para su promoción*", LXX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca 28 y 29 de

patrimonial se identifique o asimile a la cesación de pagos[322]. Por cuanto la insuficiencia patrimonial no activa la quiebra, sino un proceso judicial pertinente, y la pertinencia no contagia ni equipara la insuficiencia de recursos con la cesación de pagos, por cuanto hay muchas insuficiencias de recursos en sendos fideicomisos que en modo alguno se identifican con la doctrina de la cesación de pagos, entendiendo humildemente que dicho concepto se presenta con posterioridad en la línea agravatoria de la crisis.

Que la insuficiencia de recursos si puede estar relacionada con la "*crisis empresaria*" propiamente dicha, pero esta última no siempre se identifica con la consolidada doctrina de la cesación de pagos, señalando que receptamos más emparentada la insuficiencia de recursos con las "*dificultades económicas o financieras de carácter general*" del art. 69 de la LCQ que con el propio estado de insolvencia. Y la disquisición doctrinal no es inocua, por cuanto aun no estando de acuerdo con el legislador, entendemos que la activación de los remedios contractuales en su caso, o la judicialización en su fracaso deben perfeccionarse antes de operar la cesación de pagos.

Las dificultades económico/financieras se dan siempre con insuficiencia de recursos, y no siempre es necesario que devenga la tormenta de la cesación de pagos como para proceder a elegir un piloto o un paraguas o un bote para abandonar el barco. Por ende a mi criterio, la insuficiencia patrimonial que debe entenderse de recursos no se identifica en todos los casos con la cesación de pagos, no siendo prudente la asimilación per se y en forma generalizada de dichos conceptos, so pena de identificar -en este caso- a la insuficiencia con la liquidación, lo que no siempre tiene que darse de ese modo.

Desde la insuficiencia y hasta la cesación de pagos hay sendos parajes preventivos, de garantía, de reingeniería económico financiera que pueden permitir cambiar el no querido destino de

noviembre de 2019.

322 Recomendamos dar lectura, por exceder las pautas de este trabajo, del artículo desarrollado por José A. Igleasias, "*El concepto técnico jurídico de "Cesación de Pagos"*, en homenaje a Mauricio A. Yadarola, Universidad Nacional de Córdoba, págs. 211/237.

la insolvencia y liquidación. Siempre deben los fiduciarios preparados, prudentes y decentes intentar con ayuda del contrato[323], de las partes y de los remedios preventivos tratar de evitar la liquidación fatal que se identifica con el incumplimiento total o parcial de las deudas contraídas por el fideicomiso y su posterior realización judicial de los bienes.

Adviritiendo que tampoco cualquier problema o situación judicial planteada entre los cocontratantes y/o los terceros dan lugar a la liquidación del fideicomiso, ello toda vez que solo habilitará dicho proceder la demostración del estado de insuficiencia patrimonial. Así lo ha resuelto por otro lado la jurisprudencia in re "***Fideicomiso Erre s/ Liquidación Judicial***"[324] donde la alzada confirmo el rechazo de la demanda de liquidación instada por diversas personas a las que se les había comercializado la misma unidad funcional -claro que en el marco de un fideicomiso de tenor inmobiliario-. La cámara dispuso que la liquidación judicial procede cuando se configura una insuficiencia de los bienes fideicomitidos, lo que en el caso no se demostró, más alla del accionar delictivo o no de fiduciario o apoderado del mismo en el desarrollo del sistema de comercialización de unidades funcionales.

Por ello, estamos de acuerdo con Kiper y Lisoprawski quienes sostienen que el aporte de nuevos recursos por parte de los fiduciantes o los beneficiarios –y por que no de fideicomisarios o terceras personas- no debe entenderse como una medida excluyente para evitar la liquidación, porque "*del juego negocial podrían surgir recursos o posibilidades provenientes de terceros que eviten la liquidación. Aún cuando la hipótesis no es sencilla y de difícil logro, quedaría la posibilidad de liquidar el fideicomiso extrajudicialmente por acuerdo entre todas las partes del contrato y la totalidad de los acreedores de la naturaleza que fueren. Por eso entendemos que lo previsto en el art. 1687 operaría cuando*

323 Márquez, Fernando José, "*Dificutades en la redacción de un contrato de fideicomiso: la reglamentación del instituto y la delegación a la voluntad negocial*", cita on line 0003/014529 La Ley. Donde el autor participate de la comisión autora del CCCN pone especial énfasis -que compartimos- en la eleboración del contrato de fideicomiso.

324 CNCom. Sala D, 13/06/2017 publicado en La Ley 25/07/2017. La Ley 2017-D, 353. RCCyC 2017 agosto, página 155.

ya no existe otra salida de saneamiento o bien la liquidación con acuerdo unánime de todos los interesados no se produjo"[325].

Lo que nos permite sostener que con el nuevo texto legal normado por el art. 1687 del CCCN los fideicomisos con insuficiencia patrimonial pueden agotar en forma previa todos los recursos que el fiduciario, fiduciante, beneficiarios y fideicomisarios tengan a su alcance, ya sean estos contractuales o no contractuales a esa fecha –desde el rescate hasta el fondeo, desde el endeudamiento sin garantías, hasta el otorgamiento de garantías sobre los propios bienes fideicomitidos, incluso la incorporación de nuevas partes al contrato que permiten el ingreso de fondos frescos-.

Con ello queremos significar que siempre los operadores de los patrimonios fideicomitidos podrán optar por evitar la liquidación judicial normada por el nuevo código, siendo esta la última ratio o en su caso la ratio necesaria frente a la falta de adopción por parte del fiduciario de medidas tendientes a superar la insolvencia irreversible o la carencia de previsiones contractuales preventivas de estas situaciones. Y se nos preguntará cuál será el límite hasta donde la justicia tenga en su caso que sofrenar su incursión, pudiendo ensayar como respuesta que el perjuicio a las partes o los terceros no sorteado o garantizado por el patrimonio fideicomitido, disparará sin dudas la liquidación judicial sobre la base de las normas previstas para las quiebras en su andarivel de pertinencia a este tipo de contratos plurilaterales.

La no administración o mala administración del fiduciario va a tener sin dudas importante incidencia en los procesos de judicialización de patrimonios fideicomitidos, no solo en lo relativo a la manera de liquidarlo sino también en las acciones tendientes a responsabilizar civil y penalmente en su caso las malas gestiones, y por ende los daños irrogados.

Lo que permite incluso sostener que los esfuerzos de quienes avalan la extrajudicialización extrema no son malos, pero debemos ser contestes con el hecho de que a la fecha sendos consumidores

325 Kiper Claudio M. y Lisoprawski Silvio V., "*Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código*", Diario La Ley Lunes 29 de Septiembre de 2014 página 2.

han adquirido derechos de unidades funcionales/departamentos al pozo en un "*fideicomiso inmobiliario*" y en muchas oportunidades solo se terminan cuando no obstante haber cumplido su aporte en su toalidad, se han encontrado con un "*pozo*" sin edificio construido, y a un fiduciario en fuga o removido por la falta o desaparición de los recursos. En dichos casos es muy difícil de sortear la hasta diría necesaria judicialización, ya sea para determinar las pautas de la liquidación o para controlar en su caso el o los convenios arribados para solucionar el conflicto de insuficiencia en un marco judicial de formalidad y transparencia.

Y tampoco entiendo incorrecta la paraconcursabilidad, pero sí advierto que debe representarse como la última ratio, puesto que para llegar a la liquidación por procedimiento de quiebra pertinente a este tipo de contratos, debemos haber al menos permitido la autocomposición del conflicto en la forma ya referida, por cuanto entender que cualquier insuficiencia dispara la judicialización es incorrecto y pernicioso. La reforma ha implementado una "***paraconcursabilidad pertinente al negocio fiduciario***", por cuanto no ha querido remitir en un todo como expusiéramos al proceso falimentario.

Por ello no creemos que la reforma haya tomado un mal camino, no creemos que haya que quebrar a la fuerza el patrimonio de afectación de un contrato, a los efectos de no sumar más graves contradicciones al derecho concursal ya vapuleado por las últimas reformas. Tampoco entendemos que el legislador haya omitido la posibilidad de que los patrimonios fideicomitidos puedan adoptar todos los remedios preventivos contractuales que encuentre a su alcance, por cuanto la libertad contractual y la más absoluta posibilidad de componer entre las partes del contrato y los acreedores del patrimonio de afectación son autorizadas sin prohibiciones, claro que no podrá hacer uso de algunos beneficios legales de la ley concursal como lo es la imposición, a quienes no hayan aceptado, el acuerdo conforme el doble sistema de mayorías de la Ley 24.522. Nada impide por ejemplo que en el marco del contrato de fideicomiso las partes dispongan al momento de su otorgamiento, que en caso de insuficiencia de recursos, se proceda a abrir un procedimiento preventivo contractual que contenga un período

informativo para determinar el pasivo -modo, alcance y plazo de registrar los créditos contra el patrimonio fideicomitido- y definir el pasivo exigible aunado a un período de negociación exclusivo con dichos acreedores -propuestas de acuerdo con los acreedores-, emulando un proceso concursal.

Dicha pauta permitirá determinar la real composición del pasivo y en dicho escenario encaminar su posible equilibrio y superación de la insuficiencia, pero ya con reglas claras de pasivo e incluso con posibles sustituciones de fiduciarios que en la práctica tantas veces se despliega en el interno escenario contractual. Claro que todo ello se supera con la adopción de cláusulas contratuales no vertidas usualmente en los modelos que nutren en la actualidad por ejemplo los negocios de construcción al costo.

No debemos perder, por comodidad doctrinaria, el camino recorrido en torno a una mayor precisión en la caracterización de los presupuestos de la insolvencia, permitiendo que las nuevas normas incorporen alertas más tempranas a la crisis. En ese orden de ideas la ley alemana de insolvencia (arts. 17 a 19) como otros cuerpos normativos han sabido receptar la propia insolvencia, la "*amenaza de insolvencia*" y el "*sobreendeudamiento*", como causales de activación de herramientas preventivas de diversos calibres.

Es un dato de la realidad la crisis de la judicialización, y más aún en este tipo de contratos plurilaterales insolventes donde los intereses resultan de los más variados. Pautas que aún en criterios de INSOL -artículos 39-15- han exteriorizado al menos ocho principios que vienen a remozar los tradicionales de insolvencia clásica:

a- Cooperación entre los acreedores relevantes del deudor en dificultades financieras –"*standstill period*" o "*acuerdo de suspensión*"-.

b- Durante dicho período todos los acreedores relevantes deben acordar en no ejercer acciones contra el deudor, pero están legitimados para evitar en ese período ser perjudicados sin paridad.

c- En dicho período el goierno del fideicomiso en crisis no debe tomar ninguna acción que pudiera afectar adversamente la perspectiva de retorno de los acreedores relevantes, por cuanto si frente al primer incumplimiento por los propios integrantes del fideicomiso -fiduciante, beneficiarios y/o fideicomisarios- atacan el mismo patrimonio ello genera una disputa de quien pega y lastima primero sin una visión patrimonial de conjunto.

d- El interés de los acreedores relevantes es mejor servido coordinando sus esfuerzos frente al deudor en dificultades, esa coordinación se facilita con la conformación de uno o más comites y la designación de profesionales consejeros para asistir a dichos comites o grupos de acreedores.

e- En dicho período el patrimonio fideicomitido deudor debe facilitar a los acreedores relevantes o sus consejeros la información relevante relativa los activos y la totalidad del pasivo, responsabilidades, negocios y perspectivas, en orden a permitir una valorable evaluación del estado financiero patrimonial.

f- Conformación de propuestas únicas o diferenciadas en función del grado de conformidades y acuerdos con los acreedores relevantes;

g- La iformación recibido por los acreedores relevantes o consejeros deben ser manejadas de manera estrictamente confidedencial, concordante incluso con los asesores particulares de los acreedores.

h- En caso de existir o gestionarse el aporte de un fondeo adicional durante el periodo referido de suspensión con la finalidad de salvataje o de reestructuración de los pagos o de la obra, su repago o cancelación parcial en plazo debería cogestarse en condiciones de prioridad respecto de los otros créditos o reclamos.

Dichas pautas contractuales pueden sin dudas ser receptadas por medio de cláusulas contractuales preventivas, que resulten de

amortiguación a la insuficiencia patrimonial, y que demarquen el camino útil y ncesario como para evitar el camino de la liquidación judicial.

Esa es la justa, correcta y coherente interpretación normativa del sistema y por la cual debemos tener en claro pro y contras de enancar un negocio en un patrimonio fideicomitido y no en las ancas de una sociedad tradicional. Los riesgos en los negocios deben preverse incluso desde el momento de elegir y conformar la herramienta jurídica, y estas cuestiones son entre otras las que deben definirse a los otorgantes con el debido asesoramiento.

IV.- **Pautas de procedimiento, pertinencia y principios falenciales para direccionar la liquidación**

Ya la redacción del nuevo art. 1687 tercer párrafo del CCCN ha traído discusión en torno al alcance que debe otorgarse a la remisión que establece dicha norma sobre el contenido con función de pertinencia de la norma falencial. Si uno se atiene a una lectura e interpretación exegética se podría sostener que solo la norma remite a la fijación del procedimiento, sin requerir que ese mismo magistrado interviniente sea quien aplique los principios del proceso falimentario. Debemos adelantar que las pautas de procedimiento del proceso de quiebra existen y tienen sentido solo por los principios rectores de la liquidación universal, los que gobiernan y direccionan su viabilidad, casi se podría decirse a nivel nacional e internacional.

Los procesos universales se caracterizan y se erigen en el marco de cuatro principios centrales: a) Universalidad, b) colectividad, c) igualdad y d) oficiosidad.

a) **Universalidad**: Principio rector de los procesos falenciales que demarcan dos facetas, la primera una faceta subjetiva (art. 32 y 126 LCQ) que se identifica con la necesaria participación de la totalidad de los acreedores que convergen sobre la totalidad del patrimonio fideicomitido. Y la segunda, la faceta objetiva que determina la liquidación de todos los bienes componentes del patrimonio de afectación (faceta objetiva – art. 107 LCQ). Si bien el principio no es absoluto, por cuanto

existen sendos bienes (art. 108 LCQ) y acreedores (104 parte 2 LCQ) que no formarían parte del proceso, lo cierto es que este principio permite la liquidación absoluta del patrimonio conforme las reglas de distribución que con basamento en las pautas de preferencias y privilegios sustentan la quiebra, y resultan sin dudas aptas para liquidar al patrimonio objeto de fiducia. Incluso la universalidad se encuentra vinculada incluso al análisis de los actos que se despliegan por parte del deudor, por cuanto la norma lo priva de disponer o de desprenderse en ciertos períodos en forma gratuita o a precio vil o con la idea de vaciar el patrimonio sin responder frente a los acreedores registrados en el pasivo fiduciario. Y claro que resulta plenamente aplicable a la liquidación de la fiducia, por cuanto está claro que frente a la insuficiencia la única manera de liquidar es con la participación de todos los acreedores y la realización de todos los bienes para tender a dar cumplimiento y cancelación con todas las obligaciones pendientes del patrimonio insolvente.

Universalidad que incluso el nuevo código unificado impone en el marco del art. 2579 CCCN, donde el legislador indica que "*en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos*"; pauta legal que sin dudas se entronca con el art. 1687 del propio cuerpo normativo.

b) **Colectividad**: Los procesos de quiebra se desarrollan en beneficio de la totalidad de acreedores, donde todos son llamados a participar. Donde los acreedores deberán presentarse a revalidar sus montos, causas y privilegios a los fines de ser incorporados como concurrentes al proceso colectivo.

c) **Igualdad**: El proceso liquidativo se identifica con dicho principio al momento de distribuir los sacrificios y las pérdidas frente a la cesación de pagos liquidativa, por ende se trata de aplicar a los acreedores que estén en el mismo estadio y escenario -igualdad entre

iguales-, el mismo esfuerzo, en forma equitativa y a prorrata respecto de la proporción de sus acreencias. Este principio que se conoce en doctrina como la *par conditio creditorum*, en realidad afecta a quienes no tiene privilegios o quienes deben compartir posicionamientos en las mismas escalas de acreencias. Este principio sin dudas debe resultar de aplicación pertinente en los procesos que se fijen para liquidar patrimonios de afectación en estado de insolvencia, buscando que el monto de realización, traducido en moneda de liquidación sea distribuido conforme a las pauta de preferencias, privilegios y subordinaciones establecidas por los arts. 239 a 250 de la LCQ, y leyes a las que remite en este capítulo la LCQ –por ejemplo ley de prendas y otros subsistemas aplicables amen de la pretensa autonomía no logradada de la ley falencial-.

d) **Oficiosidad/Inquisitoriedad**: En los procesos concursales en sentido genérico los magistrados gozan de facultades que le son propias y que incluso pueden ser tomadas de oficio, no identificando al alcance de dicho principio con la expresión extrema de un procesos penal, pero si con grandes alcances y ramificaciones relativas en torno a la debida protección del patrimonio y al correcto y pronto proceso liquidativo. Los intereses generales hacen que los jueces a cargo de los procesos concursales gocen de una amplitud entrañable y ajena a los procesos individuales (ver art. 274 LCQ como ejemplo gráfico de lo expuesto). Siendo la idea, que los procesos en dicho marco lo sean continuos, cabalmente investigadas las causales y situaciones, ajenas a la versión o disposición tan solo de las partes, lo que en muchos casos al menos en los fueros provinciales no acontece.

En las jornadas ya citadas doctrinarios como la Dra. Ferrer expresaron su postura en torno a que el Juez que menciona el art. 1687 del CCCN solo puede disponer normas de procedimiento pero no inmiscuirse con los principios o institutos propios de la norma

VOLVER A ÍNDICE

falencial[326]. Entendemos que este criterio se reputa restrictivo y en su caso atenta contra la aplicación indudable de los principios e institutos útiles y pertinentes que gobiernan las liquidaciones universales –aún cuando no exista cesación de pagos, y más aún cuando incluso no haya sujeto concursal-.

Baste citar en contra de dicha postura restrictiva lo expuesto por Kiper y Lisoprawsky quienes en el punto VII de su trabajo ya citado[327], exponen que "*decretada judicialmente la liquidación no dudamos acerca de que correspondería aplicar al procesos de liquidación el principio de universalidad, tanto con relación a la totalidad de bienes que integran el patrimonio fiduciario –incluyendo los que salieron fraudulentamente- como a sus acreedores. Asimismo tampoco cabe dudas respecto de la vigencia del principio de "igualdad de trato de todos los acreedores" (par conditio creditorum). Ello así, porque se trata de pagar a todos los acreedores en la mayor medida posible, de acuerdo a su grado y preferencia*".

Junyent Bas[328] por su parte sostiene la necesidad de la tutela judicial, y dentro de dicho capítulo analiza la vigencia de los principios propios de la universalidad patrimonial como la colectividad de acreedores como presupuesto de la distribución, dando andamiaje así a lo que autor cordobés denominada –aún antes de la reforma- la "*liquidación paraconcursal*", que con la reforma pasamos a rebautizar como la ***paraconcursablidad pertinente a la liquidación fiduciaria***.

326 En esta misma línea, el Juez nacional en lo comercial Dr. Eduardo E. Malde -Juzgado Comercial N 20 Sec. 40-, dispuso con fecha 6/09/2019 en la liquidación del "***Fideicomiso de administración y garantía Taxodium Vida Park***" que, "no cabe confundir instituto y proceso. Se ha marcado con razón, que sostener que el proceso de quiebra es procesal, es una verdad de perogrullo…El reenvío establecido por el art. 1687, párr.3, CCCN, es solo relativo a la regulación de las normas bajo las cuales debe desarrollarse el *procedimiento, es decir las reglas procesales -y además en tanto sea pertinente- y no aquellas sustanciales o de fondo…*"

327 Kiper Claudio M. y Lisoprawski Silvio V., "*Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código*", Diario La Ley Lunes 29 de Septiembre de 2014 página 2 y 3.

328 Junyent Bas, francisco A., "*La "insuficiencia" del patrimonio fideicomitido a la luz del art. 16 de la ley 24.441. El trámite liquidatorio ¿Un proceso "extrajudicial" o "paraconcursal"?*, LLC 2004 (agosto) 701, la ley online AR/DOC/2571/2014

Así vemos como, sostener que solo el juez competente debe aplicar el procedimiento concursal sin advertir la aplicación de la vigencia de los principios que sustentan dichas normas formales, es una apreciación que no favorece a la claridad y la previsibilidad que se debe conformar más allá de la versatilidad buscada por la reforma, compartiendo que los principios de la liquidación universal deben ser respetados por el juez paraconcursal de la liquidación de la fiducia insolvente. Claro que sin perder nunca de vista la particular noaturaleza jurídica del patrimonio fideicomitido en contra de lo que conocemos como persona jurídica.

La jurisprudencia ha indicado in re "***Capitales Integrados SA c/ Fideicomiso Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial***"[329] que "*Cabe señalar que la previsión de la parte final del art. 1687 del CCC no supone la aplicación estricta del ordenamiento previsto por la LCQ, porque no existiendo fallido propiamente dicho sino la liquidación de un patrimonio de afectación sujeto por contrato, se producen situaciones especiales que estarán al margen del rigor, oficiosidad y universalidad que caracteriza el ordenamiento concursal*".

En otro precedente se ha indicado que el art. 1687 del CCCN "*…no supone, sin embargo, la aplicación estricta del ordenamiento previsto por la Ley 24.522 porque no podrá desatenderse lo acordado en la convención que dio origen al fideicomiso y (…) dada su distinta naturaleza -no existe aquí fallido propiamente dicho- por lo cual es de suponer la existencia de situaciones particulares que queden al margen del rigor que caracteriza aquel ordenamiento de orden público, sino que se trata de establecer un marco regulatorio que, además, permita a los acreedores conocer el curso que habrá de seguir el procedimiento*".[330]

329 De trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N 20 Secretaria N 39 de CABA en despacho de fecha 20 de Junio de 2017. Dr. Eduardo E. Malde, Juez Nacional. Expediente Judicial N 21733/2016.

330 Fallo liquidativo dispuesto por la Dra. Paula M. Hualde in re "*Fideicomiso inmobiliario Laguna del Sauce s/ Liquidación judicial*" citado por Lisoprawski Silvio V. "***Concuros preventivo del patrimonio fiduciario***" La Ley 19/10/2015, cita online AR/DOC/3416/2015.

V. Juez competente en liquidaciones de patrimonios fideicomitidos con insuficiencia patrimonial no superada por aplicación de remedios contractuales.

V.a.1.- **Competencia en razón del territorio.**

La ley concursal dentro de sus pautas formales de procedimiento establece que será competente el juez con competencia ordinaria conforme una serie de reglas: -Artículo 3 LCQ- 1) Si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de sus negocios; a falta de éste, al del lugar del domicilio. 2) Si el deudor tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo que es el juez que hubiere prevenido. 3) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte -con las exclusiones previstas en el Artículo 2 - entiende el juez del lugar del domicilio. 4) En el caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal. 5) Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

Y aplicando la pertinencia legal requerida por el art. 1687 CCCN podemos referenciar que será competente el juez del **domicilio del fiduciario** al momento del pedido de la liquidación voluntaria o judicial (modos coercitivos), ello entendemos para el caso de que el mismo se encuentre en funciones y no en escenario de renuncia presentada o removido de su rol contractual, puesto que en dichas hipótesis entendemos que deberíamos bucear una solución que atienda a los intereses multilaterales del contrato, so pena de generar incluso supuestos injustos. Por ejemplo de instarse la remoción del órgano de administración por abandono o en su caso darse el supuesto de fallecimiento del fiduciario, sería pertinente instar ante la misma jurisdicción del domicilio del anterior fiduciario la acción de liquidación judicial, aunque el patrimonio fiduciario y/o actividad del patrimonio fideicomitido no

coincida con dicha jurisdicción. Creemos que en estos supuestos se debe atender a las pautas contractuales, y en caso de ausencia de previsiones, entendemos que debería instarse -conforme pautas contractuales- la designación de un nuevo fiduciario a los fines de conformar y/o participar y/o continuar al menos colaborando con el procedimiento liquidativo.

No guarda sensatez proceder a instar y notificar al dominio fiduciario cuyo representante haya fallecido, o haya abandonado en forma cierta su rol contractual, por cuanto dicha notificación o determinación de jurisdicción podría violentar ampliamente el derecho de defensa en juicio, ante la posible interposición de recursos frente al pedido concreto de liquidación que en dicho caso provendrá de terceros interesados. Incluso se privará en esos supuestos de acceder a la jurisdicción al patrimonio a través de sus cocontratantes o terceros vinculados al fideicomiso que claramente se encuentre operando una solución frente a la acefalía temporal del fiduciario que puede acaecer.

A la fecha existen resgistros provinciales de fideicomisos que requieren como pauta necesaria para su efectiva inscripción (art. 1669 CCCN) la designación de un "*domicilio al fideicomiso*". Tal requisitoria es exigida por la Dirección Provincial de Personas jurídicas, organismo que en su Disposición N 13/2016 dispone tal requerimiento, ello bajo formal apercibimiento de proceder a rechazar la rogación de inscripción. Ante estas anormalidades reglamentarias, debemos una vez más ratificar que el fideicomiso es un contrato, y por ende, como tal carece de los atributos propios de la personalidad que la ley no le haya otorgado, a saber carece de domicilio. Pauta por la cual la doctrina y jurisprudencia adoptan como domicilio válido para imputar y notificar actos al patrimonio fideicomitido el domicilio del o los fiduciarios -que en caso de ser más de una parte quien ocupe dicho rol deberá unificarse en un solo domicilio-. Sentado lo expuesto, debemos sostener que no debería conformar el domicilio requerido con fines inscriptivos por jurídicas el domicilio que demarque la jurisdicción, salvo que coincida con el domicilio del fiduciario.

Para el caso que el fideicomiso poseyera bienes u operatoria en más de una jurisdicción, el juez deberá establecer una

publicación edictal -adicional- en cada una de esas jurisdicciones de modo de salvaguardar los derechos de todas las partes y terceros con interés en participar del procesos liquidativo (arts. 27 y 28 LCQ).

A los fines de evitar incluso las maniobras de sustitución o modificación del domicilio del fiduciario en forma previa a la liquidación o concatenada a la misma, el juez interviniente podrá requerir a la AFIP DGI informe de los domicilios del fiduciario a los fines de en su caso resguardar la debida difusión en cada uno de ellos, a los efectos reiteramos, de evitar situaciones injustas en pos de maniobras tendientes a evadirse del natural fuero donde residan los acreedores interesados.

Entendemos que conforme lo normado por los arts. 75 y 78 del CCCN es absolutamente factible la prórroga de jursidicción a los fines de demarcar la jurisdicción, por cuanto "*el domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. La elección de un domicilio produce la prórroga de la competencia*". Debiendo resguardar en dicho caso la validéz de las cláusulas de prórroga de jurisdicción en los casos en que la contratación central del fideicomiso haya estado direccionada a captar una clientela identificada con consumidores, por cuanto en dicho caso operará la nulidad de tal pacto por la abusividad de la cláusula (art. 1, 2, 37 inc. b, sgtes. y ccdtes. LDC).

Ha indicado la jurisprudencia en torno a la competencia que "*(i) si bien contrariamente a lo que se sostiene en el punto III del escrito de inicio, el domicilio fiscal del fideicomiso no se encuentra en esta jurisdicción sino en el partido de Pilar, Provincia de Buenos Aires…; (ii) no se acreditó la decisión de constituir la sede de esta en esta Ciudad que resulta consignada en la asamblea extraordinaria del 3/8/2016… y las anteriores se efectuaron en aquella localidad y provincia; y (iii) es allí donde se encuentra el emprendimiento inmobiliario que es el objeto de la garantía del fideicomiso; ante la ausencia de pacto jurisdiccional en el contrato de fideicomiso, la competencia de esta jurisdicción viene dada por ser la Ciudad de Buenos Aires el domicilio legal de Capitales Integrados SA, fiduciario y titular del dominio fiduciario ley 24441 del inmueble donde se desarrollaría el emprendimiento garanti-*

zado…"[331].

En un relativamente actual fallo, y con aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, *in re* "***Fideicomiso Inmobiliario Laguna del Sauce s/ Quiebra***" se dispuso: "*Sentado lo expuesto cabe formular ciertas apreciaciones vinculadas con la competencia de la suscripta para entender en autos. En efecto, la norma citada dispone que la liquidación de los bienes fideicomitidos "…está a cargo del juez competente…" aunque sin aportar mayor precisión sobre el punto y no contener la norma del art. 3° LCQ previsión al respecto. Nótese que no podría considerarse a esos efectos el lugar de ubicación de los bienes ya que expresamente prevé el art. 1667 del CCCN, que aquéllos podrían no ser individualizables al momento de la constitución del fideicomiso (cfr. Lorenzetti, "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 174 y ss.). Siendo así, cabe interpretar que en virtud del principio general será competente el juez de la sede de la administración del fideicomiso (analog art. 3 inc. 1 LCQ; cfr. Molina Sandoval, "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nueo Código", LL, 8.7.15). Ahora bien, no pasa inadvertido que el fiduciario modificó su domicilio en la "Segunda addenda del contrato de fideicomiso" (fs. 43 cláusula quinta) con posterioridad al vencimiento del plazo de finalización del fideicomiso, e incluso luego de agotada la prórroga establecida en la "Primera addenda…" (fs.42) y con llamativa inmediatez a la presentación en despacho. Sin embargo no puede considerarse que se trate de una maniobra para eludir la jurisdicción natural toda vez que según el "Contrato de Fideicomiso Inmobiliario Laguna del Sauce" sucripto el 27.3.08 dicho fiduciario también constituyó "domicilio especial" en esta ciudad (v. fs. 9, Yapeyu 957), en criterio concordante con la cláusula 23.2, que si bien no podría por esta vía modificarse la radicación de la causa en un juicio de esta naturaleza si autoriza a descartar la posibilidad de cualquier maniobra tendiente a defraudar derechos de terceros. Fdo. Paula Maria Hualde. Juez*"[332]

331 21733/2016 "Capitales Integrados SA c/ Fideicomiso Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial. 26 de Junio de 2017 auto de conformación del proceso de liquidación judicial.

332 Proceso judicial de trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N 9

Por otro lado, en el caso se estaleció que la pauta a tener en cuenta para determinar la competencia en razón del territorio ha de identificarse con la jurisdicción pactada en el contrato de fideicomiso, sin considerar las pautas citadas del art. 3 de la LCQ (ello conforme lo resuelto in re "***Hilchenbach Herierto Guillermo y otros -fiduciantes-invrsores- c/ Fideicomiso Oil Trust s/ Liquidación Judicial***"[333] donde la Magistrada ha sostenido que "*Finalmente también descartaré que, en mi parecer, puedan existir dudas en cuanto a que la suscripta es competente para intervenir en esta liquidación. Es que presentándoseme muy dudoso que en estos casos pudiera intentar aplicarse las normas de competencia sentadas en el art. 3 de la ley concursal, las que fundan en su diversas variantes en la naturaleza de sujeto de derecho de –valga la redundancia- los sujetos concursables y ciertos matices en el desarrollo de sus negocios, en tanto contrato celebrado en la Ciudad de Buenos Aires, y habiéndose pactado además la jurisdicción de los juzgados ordinarios de esta ciudad tanto en el contrato marco como en los contratos de adhesión, no parece posible establecer en principio una regla de competencia diferente a la que las partes pactaron, cuando incluso también la fiduciaria tiene su domicilio legal en esta ciudad (arts. 1º y 2º del Código Procesal). Podrá sostenerse que el hasta hoy único bien que integra el fideicomiso se encuentra localizado en la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, si bien esa situación -que no desconozco puede provocar inconvenientes a la hora de la constatación, incautación, clausura y remate por un tema estrictamente de distancia- también es habitual se presente en las quiebras debido a sus normas de competencia que la sujetan, puntualmente en el caso de las personas jurídicas, al lugar del domicilio legal inscripto restando toda relevancia al lugar de localización de los bienes y/o del principal asiento de su actividad empresaria, considero especialmente relevante no sólo el pacto de jurisdicción acordado con los fiduciantes-inversores como una solución estrictamente contractual, sino además el hecho de que estos, prima facie consumidores financieros dada la naturaleza del fideicomiso, litiguen efectiva-*

Secretaria N 17, cuyo auto de apertura data de fecha 16 de Septiemre de 2015.
333 16181/2017 Sentencia de fecha 5 de julio de 2018, Juez Maria Gabriela Vasallo, a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N 23.

mente por ante los tribunales que acordaron con independencia que el objeto del fideicomiso fuera adesarrollarse en otro lugar".

Claramente en el punto bajo análisis se observan severas divergancias en las decisiones jurisdiccionales que basculan entre la aplicación pertinente del art. 3 del CPCCN y/o el art. 3 de la Ley Falimentaria. Situación que dirime concluir sin aspiraciones de regla indiscutida, que la competencia en razón del territorio a los fines de liquidar un fideicomiso debe bucear entre el domicilio del fiduciario -contractual- y la sede o administración de los verdaderos negocios del patrimonio afectado, ello a los fines de preservar el derecho de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no solo de los acreedores, sino incluso de las restates partes contractuales que se hayan vinculado con el fideicomiso sea en su faceta de conformación o en sus posteriores reformas o adhesiones.

V.a.2.- **Competencia en razón de la materia**

En principio podríamos sostener que en la provincia de Buenos Aires, y/o en las jurisdcciones donde el fuero civil y comercial se encuentran unificados, no existen mayores conflictos o situaciones que dilucidar, por cuanto el mismo magistrado que atenderá la liquidación por insolvencia de un fideicomiso de trazabilidad sucesoria, será incluso quien procederá a liquidar un fideicomiso de acciones también en esenario de insolvencia.

Pero claro en jurisdicciones como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde a la fecha, continúa el desdoble de la justicia nacional en sus señeros fueros civil y comercial, podremos encontrar situaciones que deban dirimirse aplicando pautas que trataremos de visibilizar.

No hay discusión que el fideicomiso es un contrato conforme lo sostiene unánimemente la doctrina, sino incluso por cuanto el propio legislador en su art. 1666 ubicado en el capítulo 30 que comprende a los contratos en particular expresa que "*Hay contrato de fideicomiso…*"[334], ha ratificado su naturaleza jurídica con

334 Carregal, Mario A. "*Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso*", La Ley 2016-B, 1166. Donde el autor distingue claramente que la derogada ley 24.441 definía en su art. 1 al fideicomiso y no al contrato de fideicomiso como ahora lo ha hecho el codificador. Distinguiéndo entre promeso de fideicomiso con

la forma de receptar directa, indudale y clara al instituto bajo estudio.

Y como todo contrato, tendremos que bucear en su causa fuente como para dilucidar si el mismo tiene como plafón la materia comercial o la civil, amen de haberse consolidado en argentina la unificación del derecho privado fondal. Y ello nos obliga a analizar si los fideicomisos resultan en todos los casos una estructrua económica organizada o una empresa (conforme lo normado por el art. 320 del CCCN), por cuanto de la respuesta que se otorgue se dirimirán requerimientos sobre por ejemplo su obligación o no de llevar contabilidad regular.

En primer lugar no tengo dudas de que un fideicomiso puede tranquilamente cobijar o canalizar una empresa o una estructura económica organizada, por cuanto esa es principalmente la télesis del fideicomiso, resultar el vehículo principal y adecuado de los negocios. Para atender las dificultades de esos negocios, y para dilucidar la pertinencia normativa de la Ley de Quieras, sin dudas que el fuero que más especializado se encuentra por habber sido siempre y por naturaleza su competencia, es el fuero comercial de la Capital[335]. Ahora bien, no somos ajenos al hecho de que se puedan plantear dudas en caso de ejecuciones hipotecarias contra patrimonios fiduciarios con insuficiencia patrimonial o que el fuero civil se declare competente para tratar la violación de la legítima en el marco de un fideicomiso de trazabilidad sucesoria[336] en insolvencia.

VI.- **Legitimación activa y pasiva frente a la liquidación judicial por insuficiencia patrimonial**.

VI.1. **Legitimación activa. Voluntaria.**

En torno a la legitimación activa exigible a los fines de po-

la conformación y perfeccionamiento propiamente dicha del contrato.

335 Prono, Ricardo S., Ob. cit.. Quien sostiene que "*el tribunal concursal es el adecuado porque tiene capacitación en liquidaciones judiciales y experiencia en los privilegios concursales…permitiéndose unificar todo el pasivo del fideicomiso a los efectos de proyectar la liquidación respectiva*".

336 David Marcelo A., "*Pacto o estipulación de herencia futura en la dinámica societaria*". Fideicomiso de trazabilidad sucesoria: una variable interesante; RCCyC 2019 (mayo) , 3, AR/DOC/824/2019.

der requerir la liquidación voluntaria, queda claro que quien posee dicha facultad por antonomasia es el propio fiduciario -sea este unipersonal o de composición plural-, siendo quien debe cumplir el pacto de fiducia conforme las pautas establecidas en el art. 1674 primera parte del CCCN respecto del patrimonio fiduciario ("*El fiduciario debe cumplir con las pautas previstas en la ley y en el contrato con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en el*"). En dicho ejercicio y con tal carga funcional, es el fiduciario quien debe advertir en forma temprana, prematura y oportuna las situaciones de insuficiencia que pueden derivar en un iter de liquidación, y en su caso activar las cláusulas contractuales de insuficiencia patrimonial a los efectos de poner dicha situación en conocimiento de las partes del contrato, cumplir con los recaudos que éste exija en dicho sentido, y como última ratio como expusiéramos someter dicha situación al tratamiento de la justicia para encauzar un pronto y justo proceso liquidativo.

Es previsible que los contratos establezcan pedidos de autorizaciones (asambleas de fiduciantes que deben autorizar) y pautas como para aletargar o evitar el remedio de liquidación judicial, entendiendo que no deben dichas pautas contractuales tornar imposible o al menos dilatar o agravar en forma injustificada el sometimiento de la insuficiencia patrimonial a conocimiento de la justicia. Por ejemplo es común advertir en el armado de los fideicomisos mayorías de asambleas de fiduciantes o beneficiarios, sin las cuales no "*estaría*" autorizado el fiduciario en instar el remedio liquidativo judicial.

Siempre el fiduciario deberá por una cuestión funcional dar cumplimiento a las pautas contractuales y a la ley, pero no podrá con excusa de haber cumplido el contrato evadirse de las responsabilidades que le son propias, si es que las pautas que el acuerdo de fiducia indica no se ajustan en modo coherente, temporal, justo, razonable y equitativo a campear y resolver la insuficiencia. Evitando el enriedo gestado por cláusulas contractuales que solo tienden a dar beneficios indebidos a ciertas partes del contrato en perjuicio de otras o de terceros, o a dilatar en forma injustificada los daños de la insuficiencia patrimonial.

Siempre las cláusulas que se regulen contractualmente al efecto deberían: a) Preveer todos los remedios extrajudiciales posibles y lícitos como para sortear insuficiencias estacionales y no permanentes de recursos; b) instar un plan de superación de la insuficiencia que en su caso también puede ser sometido a contralor judicial, por cuanto amen de no encontrarse perfeccionada la cesación de pagos, ya el art. 1687 CCCN establece la posibilidad de que el juez analice ya la situación con una insuficiencia patrimonial, bregando así por la legalidad del mismo en resguardo de los intereses de todos los intervinientes del negocio; c) Debe preveer el contrato un liquidador, forma de aceptación del cargo, funciones, alcance de sus actos, posibilidades de gravar y/o en su caso enajenar parte o la totalidad de los bienes, pauta de cumplimiento de preferencias y privilegios falenciales en el marco normado por la ley de quiebras; d) disponer una notificación fehaciente y necesaria a las partes interesadas, a los efectos de salvagurdar su participación en el proceso liquidativo. Permitiendo el logro así de la unanimidad de los acuerdos, salvaguardando de esa manera todos los intereses en juego. Ello claro está, quedando del lado del magistrado que vaya a entender el análisis de legalidad de cláusulas contractuales que no perforen o perjudiquen irrazonablemente los derechos individuales de las demás partes del contratos (por ejemplo sometimiento abusivo de minorías) o de terceros adheridos -por ejemplo boletos de compraventa- o alcanzados a la fiducia.

Se deja establecido que el pedido de liquidación por parte del fiduciario en principio no requiere de ratificacion alguna de un inexistente órgano de gobierno -como acontecede en el caso del art. 6 LCQ para las personas jurídicas-, salvo que como expusiéramos que el contrato le exija al fiduciario requerir procesos preventivos previos o mayorías previas que resulten legales. Pero remarcando que el fiduciario tiene per se **autonomía funcional** como para requerir la liquidación, debiendo en caso de encontrarse con valladares contractuales a su contrario inocuos y perniciosos, deberá comunicar dicha situacion a la justicia para que la misma defina, evitando así incurrir en responsailidades funcionales.

VI.2. Legitimación activa. Proceso forzado o contencioso[337].

Pero no obstante la posibilidad voluntaria del fiduciario de requerir la activación del proceso de liquidación judicial, queda claro que tanto las restantes partes del contrato –fiduciante (art. 1666 CCCN), beneficario (art. 1671 CCCN) o fideicomisario (art. 1672 CCCN)- como los terceros con inetrés legítimo, también pueden sin dudas requerir la liquidación judicial coercitiva del patrimonio fiduciario en estado de insuficiencia patrimonial.

No compartimos la postura que sostiene que el beneficiario y/o el fideicomisario sean terceros[338] en la estructura contractual, a quienes confrorme esa doctrina, solo se les otorga los efectos de una mera estipulación en favor de terceros (doctrina de los arts. 1027 y 1028 CCCN). Ello por cuanto, tanto el beneficiario como el fideicomisario pueden conforme el tenor contractual adoptado, disponer incluso de modificaciones contractuales, transmiten por regla sus derechos a sus herederos -baste analizar el fideicomiso de trazabilidad sucesoria y su estructuración-, pudiendo incluso exigir en algunos casos y en la medida de su interés, el debido cumplimiento del contrato y la revocación de actos del fiduciario conforme el art. 1681 del CCCN -quien excede el rol por ende de promitente-. Ello sumado al propio texto legal, que al definir al contrato de fideicomiso, integra a los citados participantes como partes contractuales -art. 1666 CCCN-.

Superada la disquisición anterior, y frente al pedido de liquidación formulado por las restantes partes del contrato, deberán instar en forma previa a que el fiduciario lo efectivice, si es que así lo establece el contrato, caso contrario deberán acreditar a la justicia competente el contrato, su participación y las situaciones que demuestren el estado que viabiliza la judicialización, y el

337 Lisoprawski, Silvio V., "El fideicomiso y los legitimados para peticionar la liquidación judicial del patrimonio fiduciario insuficiente". Requisitos y características. La Ley 26/09/2018. La Ley 2018-E, 894 capítulo IV y siguientes, donde dispone las mismas dos maneras de desdolar los supuestos de liquidación judicial.
338 Lisoprawski, Silvio V., ob. cit., capítulo V. Donde el autor citado propicia esta postura, amen de reconocer las complicaciones cuando los roles contractuales se circularizan y el fiduciante pasa a ser también eneficiario, e incluso fideicomisario.

agotamiento de los recursos contractuales establecidos conforme lo requiere el propio art. 1687 al fijar que "…*a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación*…".

Hasta aquí las partes de la propia fiducia, quienes en sus diversos roles e intereses, resultan quienes pueden sin lugar a dudas instar la liquidación coercitiva frente a la inacción o no existencia en dicho momento de un fiduciario en funciones, inluso pudiendo darse el supuesto que la liquidación se inste de modo simultáneo o concatenado a un pedido de remoción o sustitución del fiduciario, de haber actuado el mismo con culpa o dolo en su rol de "administrador" contractual. Tambien puede darse que la liquidación vaya concatenada con la sustitución de un fiduciario por incumplimiento de sus cargas y obligaciones (supuestos del art. 1678 –causales de cese del fiduciario- y 1679 –procedimiento para la sustitución-) siendo en dichas circunstancias donde las restantes partes van a jugar un rol innegable frente a la necesaria liquidación judicial de la fiducia, que en dicho supuesto incluso hasta el propio juez que haya intervenido en la remoción judicial del fiduciario (art. 1678 inc. 1 CCCN) será el competente en el procesos de liquidación -por el principio procesal de conexidad-.

Pero a dicho elenco de sujetos legitimados activos, debemos anexarle, como adelantáramos, la posibilidad de que los terceros acreedores del patrimonio separado de afectación puedan también requerir la liquidación del patrimonio fideicomitido en situación de insuficiencia de recursos. Entendiendo que para ello, resultaría necesaria una intimación previa al fiduciario para que inste el precitado proceso o active las previsiones contractuales, instando incluso medidas cautelares que avisoren maniobras fraudulentas de vaciamiento o de intento de generar gravámenes o compromisos que puedan afectar el derecho de cobro de estos terceros, las que tramitaran en ese caso por una acción judicial diversa y autónoma de la liquidación.

El propio Código autoriza a los terceros a requerir la sustitución del fiduciario (art. 242, 1679 sgtes. y ccdtes. CCCN y por pertinencia el art. 80 de la LCQ), a requerir medidas judiciales tendientes a lograr la protección del patrimonio en dichos escena-

rios, resultando motivos suficientes por el que entendemos pueden sin lugar a dudas estos terceros instar la liquidación judicial frente a la insuficiencia de bienes/recursos para dar cumplimiento o desarrollar el objeto o finalidad del contrato de fiducia. Claro que en dichos supuestos, el juez deberá en su caso exigir el cumplimiento, en la medida de la necesidad y razonabilidad de cumplimiento de las pautas contractuales establecidas, por cuanto los terceros interesados, si bien merecen legitimación la misma debe ser ejercida en el marco del contrato al que se vincularan, salvo el supuesto de exigencias contractuales injustas, ilegales, inoponibles o abusivas. Compartimos el planteo de prudencia instado incluso por parte de la doctrina en estos casos, donde siguiendo lo expuesto por Kiper y Lisoprawsky advierten que "*ese interés debe conjugarse con las estipulaciones contractuales, que bien pueden tener prevista una solución que impida el recurso extremo de la liquidación judicial, sin desmedro de los intereses de los acreedores*"[339].

En dichos supuestos y aplicando en lo pertinente la norma concursal cuando el pedido sea voluntario por el fiduciario, el mismo deberá ante el juez competente:

a) Acompañar copia certificada del contrato de fiducia originario y en su caso las modificaciones y/o adhesiones posteriores, de las que ha tomado conocimiento resulten estas inscriptas o no. Y en el caso de fideicomiso de bienes registrables adjuntar copia certificada de la escritura traslativa de dominio y sus respectivas constancias de inscripción en los registros respectivos (art. 1669 CCCN y pertinencia con el art. 11 inc. 1 LCQ).

b) Explicar las causas concretas de su situación patrimonial, con expresión de la época en que se produjo la insuficiencia patrimonial y los hechos por los cuales se hubiera manifestado (pertinencia con el art. 11 inc. 2 LCQ). Adelantando en este ítem que entendemos pertinente en la liquidación de patrimonios fideicomitidos

339 Kiper Claudio M. y Lisoprawski Silvio V., "*Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código*", Diario La Ley Lunes 29 de Septiembre de 2014 página 3 punto XI.

la aplicación de las normas propias de la doctrina de las acciones de recomposición del patrimonio de afectación por actos ineficaces de oficio o a instancias de parte (arts. 115 a 124 LCQ), así como también las acciones de responsabilidad falencial receptadas por el art. 173 LCQ -cubriendo incluso el espectro de responsabilidad de terceras personas que no han sido partes del fideicomiso pero que han sostenido en su germen y dinámica una influencia o control significativo que facilitó el agravamiento de cualquier forma de la insuficiencia patrimonial-.

c) Acompañar un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación del pedido de liquidación, con indicación precisa de su composición -comprobantes que acrediten la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos-, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos para conocer debidamente el patrimonio fiduciario. Este estado de situación debe ser acompañado de dictamen suscripto por contador público nacional y componerse incluso con las respectivas rendiciones de cuentas del fiduciario y sus debidos tratamientos y aprobaciones (pertinencia con el inc. 3 de la LCQ). En dicho sentido deberá el fiduciario tener presente el cumplimiento cuanto menos en forma anual –o en el menor periodo establecido por el contrato- de las pautas del art. 1675 CCCN, sino también lo establecido por los arts. 858 a 864 del propio CCCN donde el legislador ha establecido la manera en que se debe rendir cuentas, los requisitos y la forma en su caso de aprobación y documentación respectiva. No siendo obligatorio, en todos los casos, para el fideicomiso el cumplimiento de las pautas que exige el art. 320 y ccdtes. del CCC -salvo que se conforme la fiducia con forma de empresa o como una *estructura económica organizada*-, aunque entendemos que el legislador debió sumar exigencias en materia de contabilidad a los fideicomisos, pautando el llevado de libros con las particularidades de un

patrimonio de afectación por separado a nombre del fiduciario, y su debida rúbrica a los fines de salvaguardar los asientos y pautas de registración de las actividades desplegadas por este, evitando así la posibilidad más sencilla de manipulación indebida de las registraciones que sirvan sin dudas de base a la liquidación judicial.

En consecuencia no siempre es pertinente que al fiduciario se le requiera del patrimonio que administra, los tres últimos balances como requiere el artículo 4 de la LCQ, por cuanto no siempre el fideicomiso está obligado a dar cumplimiento como expusiéramos con el art. 320 del CCCN donde el código exige, en estos supuestos, la realización de actividad económica organizada o que la fiducia sea titular de empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Y a reglón seguido el propio codificador ha previsto en "*reemplazo*" de los arts. 43 a 63 del derogado Código de Comercio de Acevedo-Velez y a modo de transpolación del conocido estatuto del comerciante, estableció que "*cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros…*". Independientemente de la personalidad fiscal[340] el fideicomiso no es persona para el CCCN sino un contrato, no pudiendo por ende exigírsele legalmente que lleve los libros obligatorios que recepta el art. 322 CCC, aunque entendemos que en este caso el legislador ha perdido una buena oportunidad de dar claridad contable a los fideicomisos, por cuanto sencillo hubiera sido incorporar a los patrimonios de afectación dicha carga, por cuanto los mismos como observamos se inscriben en el registro público, lo que sin dudas hubiera permitido una pauta más de transparencia y legalidad de los patrimonios de afectación. En dicho sentido no comprendemos con qué fundamentos

340 David Marcelo A., "*Actualidad y perspectivas del contrato de fideicomiso. Normas fiscales de información y proyecto de unificación*", LXV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Ediciones D&D SRL, San Martin 2012, páginas 65 a 72.

Kiper y Lisoprawski[341] sostienen que resulta pertinente la aplicación del art. 11 inc. 4 de la LCQ a la liquidación judicial de la fiducia, ello por cuanto, de lo expuesto surge que no están todos los fideicomisos obligados a llevar contabilidad y por ende no tienen la obligación de conformar balances de cada uno de sus ejercicios y mucho menos memorias o informes de órganos fiscalizadores. No obstante ello podemos inferir pautas insuficientes en el codificador que ya marcan la necesidad de una contabilidad en los términos normados por el art. 322 CCCN[342] que en su inciso c) establece que son registros indispensables "*aquellos que corresponden a una adecuada integración del sistema de contabilidad y que exige la importancia y naturaleza de las actividades a desarrollar*" y el art. 326 establece que "*al cierre del ejercicio quien lleve contabilidad obligada o voluntaria debe confeccionar sus estados contables, que comprenden como mínimo un estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deben asentarse en el registro de inventarios y balances*". Debiendo a la fecha conformarse los magistrados con las rendiciones de cuentas, los estados impositivos en base a DDJJ y resoluciones de la AFIP DGI –con alto criterio registral que luego analizaremos- y en su caso las decisiones de las partes de los contratos en el caso de que existan asambleas o reuniones de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios.

d) Deberá acompañar el fiduciario una nómina de acreedores, con indicación de sus domicilios, montos de créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados responsables, preferencias y privilegios.

341 Kiper Claudio M. y Lisoprawski Silvio V., "*Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código*", Diario La Ley Lunes 29 de Septiembre de 2014 página 3 punto XI.3.

342 Molina Sandoval, Carlos A.; "La registración del fideicomiso", La Ley 28/03/2016. La Ley 2016—905. Donde el autor en el punto XII del artículo citado analiza las viscicitudes de la contabilidad en los fideicomisos, haciendo hincapié en la relevancia económica de la actividad.

Debiendo acompañar un legajo por cada acreedor, en el cual conste la copia de la documentación sustentatoria de la deuda denunciada, con dictamen de contador sobre la correspondencia existente entre la denuncia del deudor y su documentación existente y la inexistencia de otros acreedores. Debe el fiduciario incluso agregar detalle de los procesos judiciales o administrativos de carácter patrimonial en trámite o con condena cumplida, precisando su radicación y estado (pertinencia con el inciso 5 de la LCQ).

e) Enumerará el fiduciario los libros que lleve –si es que el fideicomiso del caso posee- con expresión del último folio utilizado, en cada caso, y ponerlos a disposición del juez, conjuntamente con la documentación respectiva (pertinencia con el inc. 6 de la LCQ). Es usual que los fideicomisos lleven libro de actas de fiduciantes o beneficiarios -quienes en muchos casos sesionan como órganos asamblearios-, motivo por el cual entendemos pertinente que el secretario del juzgado actuante certifique un juego de copias, las incorpore a las actuaciones y consigne en dichos libros una constancia de cierre en la última foja que se encuentre utilizada dejando debida nota del proceso de liquidación en el o los mismos -cerrando incluso los blancos o claros de modo de evitar intercalación posterior de actos o decisiones-. En el caso de que el fideicomiso lleve contabilidad, como es del caso que suceda, lo mismo aplicará para el libro diario y el libro Inventario y Balances.

f) Denunciar en su caso la existencia de un proceso de liquidación en curso o vinculado. Advirtiendo en este caso que no corresponde la aplicación de lo normado por el art. 59 de la LCQ, atento la diversa naturaleza de la liquidación judicial fiduciaria y el concurso preventivo, que incluso no le está permitido cursar al fideicomiso. Ello a los fines de poder tomar el antecedente como elemento o factor de información tanto a quien opere como liquidador, así como al propio Juez director del

VOLVER A ÍNDICE

iter liquidativo.

g) Adjuntar nómina de empleados del fideicomiso si los tuviere, con detalle de domicilio, convenio colectivo aplicable, categoría, antigüedad y última remuneración recibida; la que deberá estar acompañada de una declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público.

h) Claro que el juez competente podrá y tiene plena competencia para requerir la documentación o informes que entienda necesarios conforme las pautas procesales de mejor proveer que al mismo le parezcan pertinentes.

Y para el caso de liquidaciones coercitivas, instadas por las restantes partes del contrato o por terceros, en dichos casos quienes pretendan instar la liquidación judicial deberán demostrar (pertinencia parcial con los arts. 83 y 84 de LCQ):

a) Haber instado de modo fehaciente al fiduciario a que inste la liquidación –conforme en su caso las pautas y formas contractuales, siendo incluso viable la intimación a las restantes partes del contrato en el caso de que se prevea el rescate por fondeo endógeno o procedimientos exógenos de fondeo-. Ello aconteció en el caso ya citado del "***Fideicomiso Oil Trust***", donde los fiduciantes inversores fueron quienes requirieron al juzgado la liquidación, exigiendo el magistrado competente previo al auto liquidatorio, correr traslado al fiduciario a los fines de que se expida -dejando asentado que en dicho caso el fiduciario guardó expreso y sacramental silencio-.

b) Deberán probar sumariamente su crédito –vinculación jurídico negocial con el patrimonio fiduciario-, los hechos reveladores de la insuficiencia patrimonial o carencia de recursos en su caso, y si se hubiere agravado el estado de impotencia en el momento del pedido, indicar los hechos reveladores de la insuficnecia patrimonial si esta estuviera configurada. Dejando expresa-

mente aclarado que con demostrar la insuficiencia de recursos patrimoniales basta para requerir el accionar judicial, siendo esta una de las diferencias que sostenemos con la mayoría de la doctrina al respecto -la que requería la demostración del estado de cesación de pagos-. Incluso el magistrado competente podrá disponer de oficio las medidas sumarias que estime pertinentes para tales fines, exigiendo los contratos y sus modificaciones, así como sus debidas composiciones patrimoniales, inscripciones en los registros de la propiedad y en los registros Públicos normados por los arts. 1669, 1682, 1683, 1684 del CCCN.

VII.- **Procedimieto. Tramitaciones previas al auto liquidatorio.**

Hemos analizado en los puntos anteriores quienes se encuentran legitimados para requerir al juez competente la liquidación judicial del fideicomiso insolvente, y como es dable advertir, las tramitaciones previas al auto liquidatorio no resultan iguales si el proceso resulta abierto a pedido del fiduciario o si resulta aierto a pedido de las restantes partes del contrato o de los terceros acreedores con un interés cierto y legítimo.

Requiere el art. 86 de la LCQ una serie de requisitos a cumplir por el fiduciario en la pertiencia, los cuales han sido ut supra analizados, sin perjuicio de que el incumplimiento de esos requerimientos obsten al dictado de la sentencia liquidatoria.

Claro que el magistrado deberá tomar algunos recaudos previos como ratificar que el fiduciario presentado sea el que se encuentra inscripto o en funciones de acuerdo al contrato, modifiaciones o adhesiones posteriores. Al punto que los jueces podrán como medida ordenatoria/instructoria proceder a requerir medidas para mejor proveer como pueden ser la cursación de oficios a los registros de fideicomisos de acuerdo a la jurisdicción, a los organismos fiscales y/o a los registros de los bienes que conforman la estructura patrimonial fiduciaria -aconsejando la delimitación cuidadosa de la fiduciaria de los propios bienes que componen el patrimonio personal del fiduciario-.

En tales supuestos entendemos pertinente que el magistrado curse notificación -a los domicilios especiales contractuales- a los restantes integrantes del fideicomiso -fiduciantes, beneficiarios y/o fideicomisarios-, a los fines de que expresen si aportarán recursos para superar la situación de insolvencia, o si darán cumplimiento en caso de haberse pactado en el contrato procesos preventivos de crisis previos a la liquidación por la vía judicial obligatoria.

Ello conforme lo anticipáramos, debido al pedido expreso del legislador, requiriendo que en un estadio anterior a la liquidación judicial, se constate la falta de intención de aportar o la inexistencia de otros recursos a aportar por las restantes partes del fideicomiso, claro que de acuerdo a previsiones contractuales establecidas. Puede aconteceder que el fiduciario haya en forma extrajudicial intimado a la aportación de recursos, y/o haya dado cumplimiento con los procedimiento preventivos contractuales pactados, y en dicho caso solo le restará al magistrado sin traslado alguno disponer la liquidación. Caso contrario, deberá comprobar con traslados o con presunciones de hechos de la realidad de que los remedios contractuales no superarán la insuficiencia, lo que deberá ser expresamente fundado.

En el caso de que la liquidación sea requerida por las propias restantes partes del contrato de fideicomiso (-fiduciantes, beneficiarios y/o fideicomisarios-), es allí donde el juez deberá ordenar un traslado al fiduciario como emulando el traslado del art. 84 LCQ, a los fines de que el representante legal del fideicomiso pueda exponer sobre la insuficiencia y estado patrimonial del fideicomiso. Entendemos que dicho traslado no puede ser soslayado, so perjuicio de poder resultar tildado el proceso de nulo, ante la violación del derecho de defensa en juicio e incluso sobre la posibilidad del fideicomiso de poder demostrar al magistrado que el patrimonio no se encuentra en el estado que las partes requirentes indicaran, o activar los procesos preventivos contractuales de crisis que hagan postergar sin daños mayores la liquidación jurisdiccional.

Tenemos en cuenta que no existe juicio de antequiebra, pero la regulación especial fiduciaria indica que debemos agotar

los remedios contractuales que hayan sido pautados a los efectos de permitir que la propia estructura creada sea la propiciante con sus integrantes de superar el estado de insuficiencia patrimonial. Es por ello que remarcamos con énfasis, que el fiduciario no solo debe expresarse por el hecho de estar *in bonis* para repeler el pedido de liquidación judicial forzada, sino que debe habilitar -de existir- el recurso de extrajudicialidad última y que se identifica con la adopción pertinente e inteligente de cláusulas contractuales que permitan superar el estado de crisis patrimonial, claro que dichas cláusulas no podrán violentar el orden público ni los derechos de los acreedores del patrimonio fideicomitido, so perjuicio de tildar a tales cláusulas como nulas.

Dejando asentado que, incluso en el caso de que el fiduciario no conteste el requerimiento o haya renunciado o presentado su renuncia, en dicho caso el magistrado, y como pauta de resguardo, debería notificar a las restantes partes del contrato a los fines de que procedan a dar respuesta al pedido o requerimiento liquidatorio.

En su caso no dascartamos el supuesto donde el magistrado tenga ante la acefalia del cargo del fiduciario y la multiplicidad de partes del contrato, que hagan de dificil cumplimiento la notificación del pedido a todos, la designación de un interventor judicial que proceda a componer la existencia de remedios contractuales o la posibilidad de que las partes con nuevos aportes superen la situación de liquidación, todo lo cual redundará en el respeto de las pautas contractuales y de las partes conformantes del contrato a la par que velará por los derechos de los acreedores.

Y por último, en el caso de que la liqudiación sea planteada por un tercero con un interés acreditable y legítimo, en dicho caso el juez deberá también ordenar traslado necesario al fiduciario a los fines de que se expida sobre la situación de crisis planteada por el requirente.

Es dable reseñar a esta altura lo resuelto por la magistrada a cargo de la liquidación del "***Fideicomiso Oil Trust***", proceso abierto por el reuerimiento de los *fiduciantes-inversores* de un patrimonio fideicomitido identificado por un bien inmueble

aportado por un fiduciante persona jurídica a los fines de desarrollar una "*planta de bio diesel*" en una localidad del interior de la provincia de de Buenos Aires. En la petición de apertura los fiduciantes inversores señalaron que el proyecto se encontraba en estado de abandono desde hacía años, y que sobre el inmueble el fiduciario ha procedido a constituir una millonaria hipoteca a favor de un tercero que a la fecha del pedido de liquidación estaba llevando adelante la ejecución hipotecaria del mismo en sede civil, así como a esa fecha se demostró la existencia de sendos juicios ordinarios contra el patrimonio fideicomitido por incumplimiento contractual.

Que en el pedido los fiduciantes-inversores procedieron a requerir la suspensión de la subasta de trámite como expusimos por ante otra jurisdicción. La magistrada en lo que aquí interesa procedió a analizar la pertinencia de las obligaciones presuntamente incumplidas y ordenar en forma urgente la notificación al fiduciario en todos los domicilios especiales existentes o denunciados, a los fines de proceder a trabar la litis. En dicho caso el fiduciario enancado en una persona jurídica, procedió a guardar estricto y sacramental silencio, lo que , aunado a las presunciones de abandono y de incumplimientos graves de las obligaciones, llevaron a la magistrada a decretar la liquidación[343].

Con todo lo expuesto vemos como el articulado de la ley falencial en sus artículos 83 a 87 resultan pertinentes luego de una compatibilización explicitada a las normas del fideicomiso, atendiendo las particularidades expuestas.

No entendemos pertinente que se requiera la apertura de una incidencia sumarísima a los fines de acreditar que el patrimonio fiduciario se encuentra en cesación de pagos (art. 80 LCQ), ello toda vez que hemos sido claros en la idea de no adherir a la pauta que la insuficiencia patrimonial sea identificable con la teoría del estado de cesación de pagos, siendo el requerido por el codificador un estadio patrimonial y financiero en su caso previo

343 Sentencia de fecha 5 de Julio de 2018, in re "*Hilchenach Heriberto Guillermo y otros c/ Fideicomiso Oil Trsut s/ Liquidación Judicial*" Expediente Judicial 16181/2017, de trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N 23 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

a la cesación de pagos. Pauta que no implica que el magistrado por medio de medidas para mejor proveer, analice el estado de situación patrimonial y así dilucidar -una vez agotados los remedios preventivos contractuales de existir- la liquidación del fideicomiso entendemos que por medio de la vía ordinaria.

VII.a. **Medidas cautelares**.

Es muy interesante en este punto recordar que el propio ordenamiento falencial habilita en su art. 85 que "*En cualquier estado de los trámites anteriores a la declaración de quiebra, a pedido y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez puede decretar medidas precautorias de protección de la integridad del patrimonio del deudor, cuando considere acreditado prima facie lo invocado por el acreedor y se demuestre peligro en la demora.Las medidas pueden consistir en la inhibición general de bienes del deudor, intervención controlada de sus negocios, u otra adecuada a los fines perseguidos"*. Y frente a ello adherir sin lugar a dudas a la pertinencia de dicha norma a la liquidación fiduciaria, donde en la mayoría de los precedentes jurisprudenciales analizados se accede a la justicia cuando ya se encuentra ejecutándose una subasta en otro fuero sobre los bienes, o los mismos se encuentran expuestos lícita o de forma ilícita a actos de disposición que pueden hacer sucumbir su cualidad de resultar garantía común de los acreedores.

Es por ello que entendemos pertinente y atinado que el juez competente requerido a la liquidación y al amparo de la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora, disponga con contracautelas suficientes y acordes, medidas cautelares que resguarden el patrimonio en crisis.

No pudiendo establecerse el tipo de medida judicial acorde como regla general a todos los casos, pero sin dudas atendiendo que la medida de inhibición general de bienes al fiduciario por los bienes fideicomitidos, la medida de no innovar respecto del patrimonio registrable, la suspensión de subastas ordenadas por acciones individuales, la designación de interventores[344] o coadministradores, el secuestro de libros en su caso, la anotación de

344 Papa, Rodolfo G., "*Intervención cautelar en la administración fiduciaria*", La Ley 14/11/2016, La Ley 2016-F, 254.

litis, podrán resultar herramientas hábiles y útiles en la urgencia a los fines de evitar la elusión del carácter de garantía común de los acreedores del patrimonio fiduciario.

VIII.- **Sentencia de liquidación. Publicidad.**

Una vez acreditados por el peticionante todos y cada uno de los requisitos y pautas precitadas, el juez competente procederá a disponer un auto de apertura del proceso liquidatorio, donde impartirá una serie de directivas organizativas del proceso conforme y acorde al tipo de patrimonio fideicomitido que se trate. Dejando establecido que las pautas pertinentes centrales de dicho auto deberían ser:

a) **Considerandos**. Autos y Vistos: Donde se analizará la presentación, la legitimación -su acreditación como vimos de parte contractual o de la certeza del crédito alegado por terceros, en dicho caso la acreditación de la exigiilidad del crédito líquido o fácilmente liquidable-, la competencia del Juzgado, la insuficiencia de bienes y recursos para afrontar el pasivo corriente, el agotamiento de los recursos y remedios preventivos contractuales, entre otras cuestiones formales que el magistrado debe analizar y donde incluso puede dar andamiaje a la liquidación más allá de que se cumpla o no con la presentación y cumplimiento de todos los requisitos precitados. Analizar el dictado de traslados previos en el caso de no ser el fiduciario el requirente del proceso como analizamos *ut supra*.

b) **Parte Resolutiva**: Decretar la apertura del proceso de liquidación; identificación del fideicomiso, de su respectivo patrimonio fideicomitido y las respectivas partes del contrato;

c) **Designar liquidador o liquidadores**, teniendo presente para la designación la especialidad o complejidad del patrimonio de afectación, buscando conjugar en el o los liquidadores formación suficiente en temas contables y jurídicos (teniendo presente en el ámbito de la Justicia Nacional las Resoluciones 528/05, 1/06 y 589/08

del Consejo de la Magistratura de la Nación); deberán constituir domicilios físicos y electrónicos a los fines del proceso conforme las jurisdicciones y sus reglamentaciones; quienes deberán aceptar el cargo en el plazo que el Magistrado indique, debiendo desplegar el cumplimiento de sus funciones en las etapas que al efecto se fijen y deberán comprender 1) **etapa informativa**, 2) **etapa liquidativa** y 3) **etapa de distribución**. Dejar asentado que el liquidador será en su caso, el encargado de promover las acciones de recomposición y responsabilidad patrimonial que sean pertinentes, actuando en defensa y representación del fideicomiso tanto en sede judicial como administrativa y extrajudicial. En caso de composición plural del liquidador, se deberá establecer el modo de actuación o la definición de funciones con contralor y autorización del juez actuante.

d) Ordenar la notificación al órgano liquidador.

e) La **publicación respectiva de edictos** por cinco días en el Boletín Oficial correspondiente al domicilio del fiduciario y/o en su caso donde se asienten los bienes del patrimonio de afectación o actividad del mismo, y en su caso en los diarios de mayor circulación donde se encuentren radicados los bienes de la fiducia -en el caso de que el fideicomiso posee demicilio en una jurisdicción y los bienes o la actividad en otra jurisdicción diversa -lo que en su caso justificará el desarrollo y perfeccionamiento de publicidad adicional-. En dicha publicación se indicará el juzgado interviniente, los datos del o los liquidadores y el modo en que los acreedores deberán comparecer y hacer valer sus pretensas acreencias contra el fideicomiso. Fecha para que el interventor se expida sobre las presentaciones en el Juzgado (art. 35 y 200 LCQ), y a su turno la fecha en que el Juez competente proceda a dictar resolución verificando o rechazando las acreencias en el pasivo fiduciario. La fecha en la cual el liquidador deberá presentar el informe general (art. 200 LCQ). A su turno se

harán saber las limitaciones y prohibiciones dispuestas en el auto de apertura analizado. Dicha publicación deberá perfeccionarse por Secretaría, aún en el caso de no existir fondos disponibles, sin previo pago, sin perjuicio de asignarse a los mismos la cataegoría de gasto de justicia (art. 240 LCQ) al momento de perfeccionarse la distribución respectiva.[345] No estamos de acuerdo con la aplicación del art. 30 LCQ, por cuanto entendemos que al ser liquidativo el procedimiento, debe proceder el juez competente a ordenar la publicación de edictos, aún sin fondos líquidos del fideicomiso.

f) Ordenar al órgano liquidador que proceda a cursar **notificación fehaciente a las partes y acreedores del fideicomiso**, cursando notificación en todos los casos a las partes del contrato: fiduciantes, fiduciario -en caso de que el proceso liquidativo no haya sido instado por él-, beneficiarios y fideicomisarios (notificación ordenada por el art. 14 inc. 8 LCQ).

g) Cursar notificación por medio electrónico a perfeccionar por Secretaría al **Registro de Juicios Universales** de la jurisdicción y en su caso a la Cámara de Apelaciones jurisdiccional (art. 88 inc. 2 LCQ), así como al Registro de Fideidomisos correspondiente a los fines de dar publicidad al estado liquidativo. En sentido similar a la finalidad planteada, Molina Sandoval[346] sostiene que la liquidación judicial ordenada por un juez debe ser registrada en el Registro Público, en clave publicitaria que adherimos en torno a los efectos de la oponibilidad.

h) Disponer el **cese de funciones del o los fiduciarios y la prohibición de pago al o los fiduciarios**, ordenando que los mismos se efectivicen por intermedio de los

345 En sentido concordante: Boquín, Gabriela Fernanda y Ceratti José Luis, "*El fideicomiso insolvente. Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial*", LV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, San Martin 2012, Ediciones D&D SRL, páginas 59 a 64.
346 Molina Sandoval, Carlos; "*La registración del fideicomiso*", ob. cit. Capítulo XIX.

liquidadores, todo ello bajo apercibimiento de decretar la ineficacia de los actos realizados en perjuicio de tal manda (aplicación pertinente art. 88 inc. 5 LCQ y 1687 CCC).

i) Disponer la prohibición de salida del país al o los fiduciarios sin autorización jurisdiccional, que hubieran ejercido expresamente su cargo, conforme la pertinencia que se funda en lo normado por el art. (art. 103 LCQ), lo que infra será analizado con extensión.

j) **Reintegro de bienes en poder de terceros al fideicomiso**. Disponer una intimación contra todos aquellos que tengan bienes y/o documentación perteneciente al fideicomiso que procedan a entregarlo en un plazo de 5 días a los liquidadores bajo formal apercibimiento (art. 88 inc. 3 y 4 LCQ y 1687 CCC). Así como toda medida tendiente a determinar el grupo de bienes y/o derechos que comprenden el patrimonio fideicomitido, de modo de evitar que las cautelares y el resguardo del proceso hasta la efectiva liquidación deje fuera del paraguas judicial parte de ellos, lo que sin dudas determinaría una irregularidad.

k) **Acciones jurisdiccionales contra el fideicomiso**. Disponer de conformidad con lo dispuesto en los arts. 21 y 132 LCQ y art.1687 CCC): (a) prohibición de deducir nuevas acciones judiciales contra el ptrimonio fideicomitido y/o el Fiduciario -en su carácter de tal-, con causa en deudas, obligaciones y contratos, vinculadas al objeto del patrimonio fiduciario -atendiendo en el resolutorio a la mención concreta del mismo y vinculaciones o extensiones directas o indirectas-; (b) la suspensión de todo proceso de ejecución en su contra con el mismo alcance y su remisión por fuero de atracción al Juzgado y Secretaría actuantes, incluso los juicios de ejecución y subastas judiciales ordenadas en acciones individuales; c) los procesos de conocimiento en curso en su contra con el mismo alcance, podrán a opción de la parte actora, continuar su tramitación ante el juez

VOLVER A ÍNDICE

natural hasta que la sentencia firme sea comunicada dentro de los 30 días a estos Estrados o desistirse para someterse al procedimiento verificatorio aquí dispuesto.

l) **Desapoderamiento**. Desapoderar al Fiduciario, por medio de la incautación, de todos los bienes del Fideicomiso, perdiendo aquél poder de administración, y disposición sobre éstos, representación del Fideicomiso y legitimación procesal para actuar en juicio; carácter y facultades que pasarán a estar en cabeza de los liquidadores (arts. 106, 107, 109, 110 LCQ y art.1687 y 1688 CCCN).

m) Decretar **prohibición de innovar sobre los bienes y derechos que conforman el dominio fiduciario**, librándose oficio de estilo por ante el o los Registros respectivos ya sean estos de inscripción de bienes o derechos o de registro de los propios contratos dependiendo la jurisdicción, cuyo diligenciamiento quedará a cargo de los liquidadores.

n) **Proceso verificatorio**. Disponer la apertura de un proceso verificatorio en términos de los arts. 32 y 200 LCQ (que no requiere de asesoramiento profesional obligatorio y no se encuentra sujeta a costas, salvo lo que corresponde con un prudente arancel verificatorio para anticipar recursos operativos al liquidador), para que se presenten ante los liquidadores todos los pretensos acreedores del Fideicomiso -sean o no parte del contrato-, a hacer valer sus derechos e insinuar sus créditos por causa o título anterior a la declaración de liquidación, indicando monto, causa y privilegios que invoque y acompañando la documentación original –que será intervenida dejando constancia de la presentación y devuelta al insinuante- y un juego de copias. En igual plazo deberán presentarse los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios haciendo valer sus derechos en forma plena o condicional subordinada y arrimando la documentación original que la sustenta, con un juego

de copias. El plazo y lugar -se sugiere domicilio de los liquidadores- para presentarse a verificar y hacer valer sus derechos tendrá un vencimiento que será fijado por el Juez, plazo que quedará subsumido dentro del propio organigrama de actos a desplegar dentro del correspondiente período informativo; transcurrido el cual, toda nueva pretensión de esa naturaleza tramitará por vía incidental y será considerada tardía a los efectos del régimen de costas, por haber generado un dispendio jurisdiccional innecesario, salvo que sustente y fundamente en debida forma la demora.

o) **Impugnación de verificaciones presentadas**. El fiduciario, los beneficiarios, fideicomisarios y acreedores insinuados podrán impugnar directamente ante los liquidadores los créditos presentados dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento estalecido para verificar (art. 34 LCQ).

p) **Periodo informativo esquema de plazos**. Ordenar a los liquidadores en los plazos que se indiquen respecto de la presentación de un informe individual bajo la modalidad del art. 35 y 200 LCQ., con su consejo respecto de los créditos insinuados y en su caso su grado de privilegio, preferencia o subordinación receptados por la LCQ; dictando el Juzgado la resolución general verificatoria luego de recibidas en el juzgado las impugnaciones si es que las hubo respecto de las verificaciones tempestivas presentadas.

q) **Informe general**. Ordenar a los liquidadores la presentación en el plazo que se establezca, de un informe que constituirá una suerte de informe general -en términos de los arts. 39 y 200 LCQ -e inventario y balance de liquidación del art. 103 LGS-. En el mismo detallarán: a) la composición del activo y del pasivo, incluido aquél posterior a la apertura del proceso de liquidación -tomado o autorizado por el liquidador a los fines de resguardar el activo y evitar el gravamiento o acaecimiento de daños y también detalle del pasivo no insinuado-;

VOLVER A ÍNDICE

b) la nómina detallada de Fiduciantes, Beneficiarios y Fideicomisarios. Así como las precisiones y detalle de la conformación del contrato de fideicomiso; c) las causas del desequilibrio económico, la fecha en que estiman comenzó a exteriorizarse la impotencia patrimonial; d) la corrección legal y sustancial de la rendición de cuentas presentada por el o los Fiduciarios; e) el detalle, radicación, naturaleza, cuestiones centrales debatidas y estado de los procesos a la fecha del informe entablados por y contra el patrimonio fideicomitido; f) la configuración de causales de responsabilidad respecto de los Fiduciantes, Fiduciarios, beneficiarios, fideicomisarios y/o terceros con influencia significativa que ejerzan o hayan ejercido control de hecho o derecho -interno y externo- sobre el patrimonio, o bien actos susceptibles de revocación o nulidad, proponiendo en su caso las acciones judiciales que entiende pertinente entablar en punto a la recomposición del patrimonio del Fideicomiso (conforme aplicación pertinente de los arts. 118, 119, 173 a 176 LCQ; establecer que las acciones podrán ser entablados por los liquidadores y/o acreedores de manera indistinta y sin restricciones); y g) la propuesta del plan de liquidación general y aquél de realización de los bienes del Fideicomiso. Dicho informe será puesto a consideración de Fiduciantes, Beneficiarios, fideicomisarios y demás Acreedores insinuados, por un plazo prudencial que fije el juez a cargo de la liquidación.

r) **Desapoderamiento. Rendición de cuentas e incautación.** Intimar a la Fiduciaria con la finalidad de facilitar la entrega/incautación de la posesión del cargo por parte del o los liquidadores designados, presenten a éstos rendición de cuentas de su gestión y toda documentación original atinente al patrimonio fideicomitido (art. 1675 CCCN); debiendo prestar toda la colaboración necesaria en los términos normados por el arts. 102, 177 incautación, 179 medidas de conservación y administración por parte de los liquidadores, 180 incautación de libros, documentos y soportes informáticos,

181 medidas urgentes de seguridad, 184, 185, 186, 187, 188, LCQ.

s) Librar –oportunamente- mandamiento de puesta en posesión del cargo, a ser diligenciado por los liquidadores a quienes se designa a tal efecto, oficiales de justicia "ad hoc" con facultades para allanar domicilio y requerir el auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario.

t) Disponer que una vez firme el auto de apertura del proceso liquidativo y aceptado que sea el cargo por los liquidadores, ordenar la expedición por Secretaría de testimonio a efectos que éstos puedan acreditar su calidad ante autoridades nacionales, provinciales, municipales, acreedores y terceros en general, en toda tramitación extrajudicial, judicial y/o administrativa que el ejercicio de sus funciones requiera la ley en sentido pertinencia.

u) Ordenar por Secretaría la notificación a la fiduciaria y en su caso a la parte requirente del proceso liquidativo, a los fines de que en su caso puedan ensayar los recursos respectivos.-

IX.- **Liquidador. Composición y sistema de designación.**

El código al plantear la subsidiaria válvula de escape a la liquidación extrajudicial por parte del propio fiduciario en el marco de la insuficiencia patrimonial, ha desterrado en esas situaciones los casos que la jurisprudencia previo al dictado del código, dispuesiera que el fiduciario fuera quien comandara la liquidación del patrimonio fideicomitido. Baste citar como antecedentes las liquidaciones del "***Fideicomiso Fidag***"[347] y del "***Fideicomiso Chile***"[348].

También en épocas previas al dictado del Código comenzó a vislumbrarse una práctica a mi criterio peligrosa y no objetiva,

347 Juzgado Nacional en lo Comercial N 1 Secretaria N 2, 1/04/2011 in re "*Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación Judicial*".
348 Juzgado Nacional en lo Comercial N 17 Secretaria N 34, 12/09/2011 in re "*Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/Liquidación Judicial*".

que se identifica con la decisión de los magistrados de designar directamente a letrados o contadores de manera directa y sin sorteo. Ello aconteció en la liquidación del "***Fideicomiso Sofol***"[349] donde el magistrado procedió a designar sin sorteo a un letrado de la matrícula. Pero lo más llamativo es que luego de entrar en vigencia el nuevo código, que exige en lo pertinente aplicar la ley falimentaria, los jueces han continuado subjetiva y llamativamente designando "*a dedo*" abogados y contadores sin aplicar ningún tipo de sorteo o contralor de listados en tales sentidos (ello se puede observar en los casos "***Fideicomiso Guise***"[350], "***Fideicomiso Taxodium***"[351] y "***Fideicomiso Oil Trust***"[352] entre los precedentes encontrados de la propia base de datos judicial del Poder Judicial de la Nación). Claro que lo expuesto no implica en modo alguno un juicio de valor sobre colegas o contadores, sino tan solo dotar al proceso de transparencia y objetividad.

En este sentido, el nuevo código nada establece, sino que delega la situación al juez competente en el marco de la pertinencia ya tratada, la decisión del tipo de liquidador a designar. Al igual que la mayoría de la doctrina no somos proclives a entender que el fiduciario que condujo -en el caso que así se configurara- el patrimonio de afectación a la insuficiencia patrimonial, sea la persona objetivamente más imparcial y objetiva como para colaborar con el magistrado director de la liquidación; haya sido o no este el culpable de cierta posiciones de insolvencia.

Lo cierto es que el magistrado debe requerir el auxilio de profesionales que conozcan las cargas y obligaciones del fiduciario no solo desde el punto de vista contractual, sino también legal, fiscal, previsional, laboral, financiero, por mencionar algunas de las pautas que seguramente resultan tocante con los negocios fi-

349 Juzgado Nacional en lo Comercial N 7 Secretaria N 13, 29/06/2012 in re "Sofol I (patrimonio fideicomitido) s/ Liquidación Judicial".
350 Juzgado Nacional en lo Comercial N 8 Secretaria N 16, 31/05/2016 in re "*Fideicomiso Guise s/ Liquidación Judicial*".
351 Juzgado Nacional en lo Comercial N 20 Secretaria N 40, 26/06/2017 in re "*Fideicomiso Taxodium Vida Park s/ Liquidación Judicial*".
352 Juzgado Nacional en lo Comercial N 23 secretaria N 46, 05/07/2018 in re "*Hilchenbach Herierto Guillermo y otros -fiduciantes-inversores- c/ Fideicomiso Oil Trust s/ Liquidación Judicial*".

duciarios a la fecha más usuales.

Dichos profesionales en principio deben en caso de ser contadores, resultar sorteados de la lista de síndicos que lleva cada una de las Cámaras con competencia en el lugar de la liquidación (conforme el art. 253 LCQ, pauta que ha sido perfeccionada en las liquidaciones correspondientes a "***Fideicomiso Laguna del Sauce***"[353] entre otros), ello sin perjuicio de requerirse otro tipo de profesionales en cuyos casos deerá requerirse la conformación de un listado de especialistas en materia de liquidación de fideicomisos insolventes, a los efectos de evitar la "*dedocracia*" o la designación acomodaticia de abogados que comulguen cercanía con los magistrados, sin adentrarnos en las capacidades que los mismos pueden detentar.

Claro que sin dejar de advertir el conflicto innegable de intereses del propio fiduciario en su función, por cuanto ya sea por sus honorarios, o por la nueva harto criticada posibilidad de que el propio fiduciario sea también beneficiario, surge claro que quien debe cobrar sus honorarios o percibir sus frutos frente a la insuficiencia patrimonial, va a transitar la necesaria resignación parcial o total de sus beneficios, lo que es difícil de asumir.

Incluso es posible como expresáramos que el marco judicial liquidativo se entronque con las situaciones de responsabilidad del fiduciario en tanto incumplimientos contractuales y/o legales; o por desplegar su cometido con la ausencia o apartado de la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza dispuesta en el (art. 1674 CCCN).

En dicho sentido entendemos que un sistema de liquidadores judiciales auxiliares de la justicia se adecúa a la complejidad y conocimientos que este tipo de cometidos requieren. Sin descartar incluso que el propio Juez a cargo de la liquidación entienda pertinente la designación de escribanos inventariadores, martilleros, bancos o entidades financieras en su caso, entidades especializadas en este tipo de estructuras negociales dependiendo de la complejidad de los negocios que se hayan viabilizado por el patrimonio

353 Juzgado Nacional de Primera Instancia N 9 Secretaria N 17, 16/09/2015 in re "*Fideicomiso Inmobiliario Laguna del Sauce s/ Quiebra*".

de afectación por separado del patrimonio universal del fiduciario. Siendo por ende en su caso en lo pertinente de aplicación lo normado por los arts. 251 a 261 y 263 a 264 de la LCQ –normas relativas a síndico, coadministrador, controladores; indelegabilidad de funciones; designación; inhabilitaciones; asesoramiento letrado que proponemos sean sus honorarios a cargo del patrimonio fiduciario en liquidación; enajenadores, empleados y pago de servicios-.

No descartando por ende que el juez requiera informes especiales o colaboración concreta al o los fiduciarios que no hayan tenido una participación ilegal o negligente, y que sin dudas puedan aportar al proceso de liquidación elementos, datos o detalles de situaciones que no puedan ser dilucidadas rápida o fácilmente.

Incluso y porque no, los propios acreedores podrán conformar un comité de control a los efectos de poder realizar presentaciones en el marco del proceso liquidativo, ya sea para denunciar incumplimientos, nuevos bienes no denunciados como conformadores del patrimonio fideicomitido, datos, elementos que a la postre permitan a la justicia tomar las más razonables, justas y temporales resoluciones. Otorgando la debida participación a dicho comité como participe del avance del proceso, lo que permitirá en su caso que los acreedores puedan participar de un modo más activo en el proceso liquidativo. Pudiendo en dicho caso el magistrado mocionar a los acreedores de mayor monto que representen a los diversos tipos de interesados en el marco de la liquidación, otorgando legitimación a dicho comité de control para que efectivice a su costo el contralor externo del proceso de liquidación.

Rechazando la postura doctrinaria que pregona que el fiduciario -diligente y profesional- más allá de disponerse la liquidación judicial, deba continuar en el ejercicio de su funciones[354].

X.- **Conversión**.

Esta sumamente claro que el instituto de la conversión (art. 90 a 93 de la LCQ) no goza de aplicación en el caso de que

354 Moyano, Alejandra; “La inconveniente exclusión del fiduciario de la liquidación judicial del patrimonio insuficiente”, RDCO 281, 14/12/2016, 809.

se decrete la liquidación judicial del patrimonio fiduciario, ello toda vez como sostenemos que el contrato de fideicomiso no es susceptible de concursarse -ni aún su patrimonio fiduciario conformado como dominio imperfecto- y por ende es imposible hacer lugar en su caso a una petición de conversión.

Remarcando en este estadio que el orden preventivo debe en caso de pretender ser utilizado en escenario de tormentas económico financieras, ser previsto en el contrato, dando lugar a la normativización contractual de la liquidación prejudicial. Por cuanto, amen de lo expuesto, el objeto del contrato muta hacia un objetivo diferente que es la liquidación por la frustración patrimonial de su causa inicial.

XI.- **Recursos contra la sentencia de liquidación**.

Entendemos que el fiduciario o quien represente a dicha parte contractual en el caso de resultar el mismo conformado por una pluralidad de personas, puede proceder a interponer formal recurso de reposición (art. 94 LCQ) contra el dictado de una resolución de liquidación instada por una tercera persona, sea esta parte o no del contrato de fideicomiso. Dicho recurso deberá ser deducido dentro de los cinco (5) días de conocida la sentencia de liquidación, tomando como parámetro de conocimiento la propia ley el acto de incautación, clausura o desapoderamiento de los bienes del fideicomiso.

El recurso podrá ser fundado solo en la suficiencia de los bienes o recursos fideicomitidos para atender a las obligaciones exigibles y/o la omisión de haber instado la petición de recursos a las partes del fideicomiso -fiduciante, beneficiario y/o fideicomisario- y/o no haber agotado las previsiones contractuales en el caso de que las mismas demarquen un proceso preventivo o actos jurídicos a cumplimentar en forma previa al pedido de liquidación judicial subsidiaria (todo ello conforme lo normado por los arts. 95 LCQ y 1687 CCCN).

También existe la posibilidad de que el recurso se interponga conjuntamente con el depósito de los fondos -en pago o a embargo- de las acreencias que pretendan fundamentar la insuficiencia de recursos, pauta para lo cual se debe requerir que frente al pedido

de liquidación indirecta -peticionada por terceras personas- se explicite y determine en forma concreta el monto sobre el que se sustenta el pedido de liquidación. De este modo, conforme lo establece el art. 96 de la LCQ, el juez podrá revocar la sentencia de liquidación sin sustanciar el incidente, en el caso de que los fondos depositados se demustren aptos para superar la insuficiencia patrimonial; así como deberá requerir también el magistrado que se depositen por parte del administrador fiduciario los importes suficientes como para atender a los restantes créditos invocados en pedidos de liquidación en trámite a la fecha de la declaración, con sus respectivos accesorios, salvo que se demuestre sobre ellos prima facie su ilegitimidad.

Se deja asentado que resultan parte necesaria de este proceso el liquidador y quien hubiese peticionado la liquidación judicial del fideicomiso. La resolución de la reposición sin trámite queda supeditada a que en el plazo de cinco (5) días el fiduciario proceda a depositar las costas del proceso. En caso de hacerse lugar a la reposición, se deja expresamente sin efecto el proceso de liquidación y sus alcances, a excepción de los actos que hubieran a esa época desplegado los liquidadores con anuencia del juez y la ley.

En caso de que el Juez a cargo de la liquidación proceda a denegar el recurso de reposición con o sin trámite, en dicho caso podrá proceder a interponerse recurso de apelación por parte del fiduciario o de quien frente a su acefalía indique acto urgente conservatorio, no teniendo el precitado recurso efecto suspensivo sino devolutivo, motivo por el cual no podrá en ningún caso suspenderse el trámite del proceso liquidativo recurrido, dejando a salvo los actos propiamente de disposición de los bienes (art. 96 y 97 LCQ).

Existe incluso la posibilidad de que se recurra la competencia del juzgado por parte de los acreedores -a excepción del acreedor que peticionó la liquidación- siendo prudente incluso que las propias partes del contrato de fideicomiso se encuentren legitimadas al efecto, por cuanto es dable que suceda que no comparta el criterio con el fiduciario, quien incluso puede estar mocionando la liquidación en jurisdicción diversa a las pautas

de realidad que permitan una defensa sustancial por parte de los restantes participantes del contrato, quienes incluso podrán representar el rol de consumidores y en tal caso aplicará incluso las normas protectorias de dicho sistema en caso de resultar pertinentes (Ley 24240 y modifciatoria, procesos provinciales de consumo e incluso normas fondales receptadas por el nuevo Código Civil y Comercia de la Nación).

Motivos por los cuales no descartamos que en ciertos escenarios particulares, sean los propios fiduciantes, beneficiarios y/o fideicomisarios quienes procedan a instar la faceta recursiva, en cuyo caso debebrán explicitar los motivos fundantes de su habilitación recursiva, la que podrá ser sustentada en la violación de las mandas fiduciarias por parte del fiduciario, la intención de perjudicar a algunos miemros del contrato o acreedores, el pedido de remoción pendiente, el silencio o la omisión culposa o dolosa por parte del fiduciario de proteger el patrimonio fiduciario, entre otras de las tantas variables que pueden entender posible la subrogación de las restantes partes del contrato, en el ejercicio de actos conservatorios y urgentes que amediten su intervención (doctrina art. 1689 CCCN que dispone que "*El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo haga sin motivo suficiente*").

XII.- **Efectos de la liquidación.**

XII.a. **Efectos personales**

Se debe dejar asentado en este punto el bifronte patrimonial sobre el que se asienta la situación del fiduciario y demás partes del contrato de fideicomiso como hemos referenciado, donde de un lado hallamos un patrimonio de afectación registrado a nombre del fiduciario pero que no se identifica con su propio patrimonio personal. Ello toda vez que el pedido de liquidación judicial en modo alguno inhabilita al fiduciario a continuar con sus negocios personales o propios de su objeto social, ajenos al rol específico de fiducario. Ello toda vez que dichos actos no forman parte del espectro de acción de la liquidación judicial, ni tampoco se podrá avanzar sobre el patrimonio personal del fiducario, quien

salvo acciones dolosas, de responsabilidad, o actos susceptibles de revocación, no podrá ser alcanzado ni atacado por el proceso liquidativo.

Ello se desprende de la normativa de fondo dispuesta entre los arts. 1683, 1685, 1686, 1687, 1701, 1702 sgtes. y ccdtes. del CCCN, al punto que la quiebra del fiduciario, en su caso será una causal de remoción y sustitución del mismo, pero en modo alguno los bienes del patrimonio fideicomitido sobre los cuales el fallido ejercía el rol de fiduciario, podrán ser objeto de dicho proceso y por ende exceptuados de todo intento de incautación o desapoderamiento.

Sin dudas, como expresáramos, el fiduciario debe brindar todo tipo de colaboración -art. 102 LCQ- que le sea exigida por el juez director del proceso universal liquidativo y al o los liquidadores designados, debiendo incluso requerir hasta el plazo que fija el art. 103 LCQ y que coincide con el momento donde los liquidadores deben presentar al proceso lo que se asimila a un informe general, incluso el fiduciario deberá requerir permiso para poder ausantarse del país. Debiendo en este caso los magistrados analizar las restantes funciones o actividades que cumpla el fiduciario a los efectos de evitar dictar resoluciones que perjudiquen actividades *in bonis* -extra fideicomiso- desarrolladas también por el fiduciario pero sobre su propio patrimonio u otras estructuras patrimoniales que no sean la afectada a la liquidación.

Remarcando que en el caso de que los fiduciarios se identifiquen con personas jurídicas, la extensión del deber referido, se debe hacer extensiva sin dudas a los administradores sociales o apoderados de las mismas, en función de resultar quienes canalizan y sostienen a ese momento la información del patrimonio administrado a nombre de la sociedad que representan. Debiendo por ender aplicarse de manera fundada y con carácter resrictivo cualquier prohibición de salida del país a directivos de personas jurídicas que hayan participado del rol de fiduciario de la firma que representan, ello sustentado en el desinterés, el abandono, la omisión de contestar los requierimientos o incluso accionar culposo o doloso en el cumplimiento de sus cometidos.

No existe en el caso del fideicomiso posibilidad alguna de rehabilitación, por cuanto dicha pauta opera sobre personas humanas y no sobre patrimonios carentes de personería como lo son los fideicomisos. De este modo no entendemos que pueda haber pertinencia aplicativa posible en torno a lo normado por el art. 104 segundo párrafo, 234, 236, 237 y 238 de la LCQ.

En torno al secuestro de la correspondencia -art. 114 LCQ-, claro que entendemos pertinente que se ordene la remisión solo de la correspondencia dirigida al fideicomiso o al fiduciario del mismo en liquidación para su apertura por ante la secretaría del magistrado actuante, siendo prudente de no avanzar sobre la esfera de la comunicación personal del fiduciario -salvo que razones fundadas y justificadas habiliten dicha invasión a la garantía constitucional normada por el art. 18 de la CN -inviolabilidad de la correspondencia-. Aclarando que sin dudas la medida establecida por el art. 114 de la ley falimentaria goza a la fecha de marcado anacronismo, toda vez que en estos tiempos las comunicaciones se canalizan en la mayoría de los casos por medios digitales como los mails, comunicación vía whatsapp y otros medios alejados de la correspondencia tradicional y propia de otro siglo. Dando mi voto favorable a la adecuación a futuro de la norma y avanzar, con los debidos resguardos constitucionales, sobre el secuestro de servidores y/o de requerirse a las prestatarias del servicio de internet de la remisión de mails vinculados a la administración del fideicomiso en liquidación, lo que sin dudas contribuirá y en grado sumo a la dilucidación del accionar hasta incluso ilegal que se canaliza a la vera del atraso normativo fundado en la arcaica materialización del papel al mediaval estilo vivantiano.

XII.b- **Inhabilitación del fiduciario**

En este instituto cabe demarcar nuevamente la línea entre las normas formales y las sustanciales, enrolándonos en la postura que identifica a la pertinencia normativa con la aplicación de los institutos sustanciales direccionados y destinados a contener y canalizar la insolvencia hacia la cancelación de las obligaciones. Claro que dicha pauta va de la mano con la apertura a los criterios jurisdiccionales a plasmar en cada uno de los procesos.

A la fecha la jurisprudencia[355] no ha dado respuestas acabadas y concordantes, siendo necesario sumar argumentos a la aplicación normativa analizada.

Específicamente lo que se trata en el punto es determinar la aplicación pertinente de lo normado en los arts. 234 a 238 LCQ a un fiduciario unipesonal o pluripersonal de un fideicomiso insolvente. Partiendo de la base que el fiduciario mantiene independencia jurídica y patrimonial de su propio patrimonio e incluso de los restantes patrimonios de los que resulte fiduciario o administrador, surgiendo a las claras que la inhabilitación del o los mismos sin reparos trae aparejado cuanto menos unos cuantos prolemas e interrogantes.

Existen a la fecha en doctrina, argumentos en ambos sentidos, siendo los argumentos de quienes rechazan la aplicación los que se identifican con a) la no aplicación analógica ni pertinente de institutos que demarcan la limitación a un atributo personal de raigambre constitucional. Situación que incluso determina una aplicación restrictiva del mismo; b) la interpretación restrictiva y técnica del concepto administrador, que no comprendería el escífico rol contractual del fiduciario; c) la inhabilitación es efecto propio y personal de la quiebra que no puede aplicarse a partes de los contratos; d) lo normado por el art. 1678 inc. b) CCCN sin dudas apunta a las pautas de capacidades restringidas del fiduciario y el inc. d) recepta la quiebra del fiduciario -que claramente no es el supuesto que estamos analizando en el presente trabajo donde lo que se analizan son los efectos que se desprenden de la liquidación por insolvencia del fideicomiso- e) la inhabilitación debería, por lógica, resultar limitada en su caso al patrimonio en liquidación y no a su patrimonio o al resto de los fideicomisos que el mismo administre, lo que sin dudas arrima serias dificultades como planteo genérico del tema.

A favor de la aplicación del instituto de la inhabilitación

355 *Fideicomismo Inmobiliario "Laguna del Sauce"* y "*Fideicomiso Holmberg 3924*" de tramitación por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N 9 Secretaria N 18 del año 2015. Citados por Villoldo Marcelo, en las "*VIII Jornadas Interdisciplinarias del Centro de la República*", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 28 y 29 de abril de 2015.

se ha expresado que: a) la interpretación amplia y funcional del concepto administrador utilizado principalmente por los arts. 235, 236, 237 LCQ, al punto que incluso el propio art. 238 LCQ dispone que incluso los efectos se expanden a factores o apoderados con facultades generales. Superando claramente las distancias, se comprende al fiduciario como regla general en el rol de administrador del patrimonio fideicomitido, sea este de construcción, de administración, financiero, de garantía, testamentaria, de trazabilidad sucesoria entre otros; b) en el caso como expusiéramos que el fiduciario haya sido el responsable por culpa o dolo de la insuficiencia patrimonial, o en definitiva él o uno de los responsables de una conducción apartada del baremo de un buen hombre de negocios, es del todo coherente que el ordenamiento lo inhabilite como sanción e incluso como prevención a otros patrimonios (conforme art. 1679 tercer párrafo CCCN -procedimeinto más breve previsto por la norma procesal e incluso adoptar las medidas de protección del patrimonio en caso de peligro en la demora-) sobre los cuales -no insolventes- el mismo haya venido desempenándose como fiduciario. Pauta que sin dudas determina al menos la necesaria acreditación al inicio o con posterioridad de las reglas de la verosimilitud en el derecho alegado o demostrado en torno a la responsabilidad del fiduciario en el estado falencial.

De lo expuesto se desprende que la pertinencia de la aplicación del instituto de la inhabilitación a la figura contractual enrolada como fiduciaria es procedente y debe adecuarse su aplicación procesal en un modo compatible entre las regulaciones del propio fideicomiso y de la ley falencial.

La doctrina se ha expresado en forma positiva[356] al sostener que "*…tomando en cuenta fundamentalmente el modo objetivo en que la inhabilitación ha sido regulada, pensamos que en esa labor de ponderación a que el nuevo sistema de fuentes nos impulsa, debe primar el principio (y derecho) de prevención del daño (art. 1170 CCyC) y, en consecuencia, tomar operativa la inhabilitación*

356 Silvana Mabel, Garcia; "*Liquidación judicial del fideicomiso insolvente: ¿inhabilitación falencial del fiduciario?*", Diario La Ley de fecha 25 de Noviembre de 2016, páginas 1 a 5 -conclusiones en la página 5-, Tomo 2016-F.

respecto del fiduciario. En todo caso, a fines de evitar sus efectos expansivos respecto de otros fideicomisos en lo que actúe, el afectado podrá plantear ante el juez de la liquidación que deje sin efecto la inhabilitación falencial que lo alcanza, lo que podría ser conferido tomando como pauta de valoración lo dispuesto por el art. 236 segundo párrafo LCQ."

Pauta doctrinaria que compartimos parcialmente por los argumentos que pasamos a desarrollar: En primer lugar estamos de acuerdo con que el fideicomiso presenta innumerables fisonomías en su despliegue contractual. En segundo orden de ideas, entendemos como hemos expuesto que la pertinencia supera las limitaciones propias de la analogía en el sistema denominado de diálogo de fuentes. En tercer orden no creemos que la aplicación de la inhabilitación sobre los patrimonios de la parte fiduciaria deban operarse de modo indiscriminado y sin fundamentos que se sustenten en al menos la verosimilitud en el derecho, sobre lo que podríamos receptar como la responsabilidad del fiduciario en el acaecimiento injustificado de la insolvencia, la prevención o el no agravamiento de los daños. No siendo legal que un patrimonio sea obturado por las dudas en todas sus afectaciones sin fundamento ni riesgo de perjuicio inmediato.

Por ello, entendemos que el mejor y más adecuado criterio de pertinencia se identifica en el hecho de entender aplicable al instituto de la inhabilitación falencial sobre la persona del fiduciario, siempre que se perfeccionen ciertas variables de viabilidad y que incluso se adecúen los efectos normativos del instituto falencial. Marcando el sendero de la viabilidad en el hecho que se demustre someramente y con humo de buen derecho, que el fiduciario es o ha sido el administrador responsable con factor subejtivo de atribución de la insolvencia del patrimonio que administra.

Dicha aplicación podrá disponerse por parte del magistrado interviniente en el momento de resolver la liquidación o en momentos posteriores, cuando ya seguramente el accionar del o los liquidadores se analicen y puedan arrimar pautas del modo en que se ha ejercido la administración del patrimonio fideicomitido -por lo que se sugiere un pedido de informe a los liquidadores a los fines de analizar en su caso la aplicación del instituto en el

caso de que el pedido de liquidación no venga acompañado de la demostración de verosimilitud en el derecho-. Descartando por ende la aplicación operativa o directa de la inhabilitación frente a la liquidación judicial de cualquier fideicomiso insolvente, por cuanto no existe a criterio de esta parte, andamiaje jurídico que sustente tal aplicación. Por violentar claramente derechos constitucionales que deben respetarse en el caso en estudio.

No creemos que la prevención de daños sin ningún elemento acreditante ni riesgo o peligro en la demora puedan *per se* representar elementos fundantes de la aplicación automática del instituto, menos aún, que tenga que ser el propio fiduciario a quien se le invierta la carga de tener que probar su no culpabilidad, o al menos que haya adoptado todos los remedios necesarios como para evitar la insuficiencia patrimonial o haber sido artífice de la misma en modo culpable sea por acción u omisión.

En torno a los efectos, resulta a todas luces claro referenciar que no solo no puede el instituo operar en forma automática como expresáramos, sino que incluso en caso de merituar su andamiaje, deberá el magistrado analizar el tipo de medidas que disponga como efectos sobre el fiduciario, su propio patrimonio, el o los patrimonios que administre y sus facultades para poder ser o seguir ejerciendo cargos como administrador, gerente, sindico, liquidador, o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones, ser factor o apoderado con facultades generales de sociedades -ello sin perder de vista los efectos que se toman por parte de leyes o reglamentaciones nacionales, provinciales o locales-.

Podrá en su caso el magistrado analizar su conducta concreta en el marco del fideicomiso en liquidación, y de entender su culpabilidad suficientemente grave, es prudente que disponga el efecto expansivo de la inhabilitación para todos los supuestos que se referenciaran en el párrafo precedente, activando de este modo un justificado sistema de inhabilitación radical indirecto y preventivo.

XIII.- Efectos patrimoniales. Desapoderamiento

La fecha de la sentencia, reza la ley falimentaria, importa

la aplicación inmediata de las medidas contenidas en esta sección -haciendo referencia a la sección II art. 106 a 114 LCQ-. Con ello claramente se determina que la sentencia de liquidación se transforma en una resolución jurisdiccional no solo declarativa del estado de insolvencia, sino incluso constitutiva de sendos efectos que venimos desarrollando en el devenir del presente trabajo.

No quedan dudas que, una vez dictada la sentencia el fiduciario queda en forma automática inhabilitado para continuar en el ejercicio de la representación legal del patrimonio fiduciario, al punto que fruto de la incautación como materizalición formal del desapoderamiento, pierde también la administración y disposición de todos los bienes y recursos del patrimonio de afectación en crisis. Debiendo el magistrado y liquidador asistente, ser especialmente cuidadosos al determinar el límite entre los bienes propios del fiduciario y de los que resulte titular por su rol de fiduciario. Jugando en dicha disección un partido fundamental las medidas investigativas del liquidador y magistrado, quienes con anuencia de los registros y los fiscos, procederán a delimitar el único territorio sobre el que deberá operar el desapoderamiento.

Mocinando que las resoluciones de liquidación en su estadio inicial o luego de presentados los informes, delimiten y rindan pautas de seccionamiento del patrimonio a resguardar y liquidar, de modo de evitar perjuicios a la masa de acreedores, ya sea por defecto o por exceso -conforme arts. 106, 107, 109 y 110 LCQ-.

XIV.- Continuidad de la actividad del fideicomiso en liquidación

No caben dudas que el liquidador puede plantear la continuación de inmediato del cumplimiento del objeto del contrato de fideicomiso, solo en los casos que de la interrupción pudiera resultar con evidencia un grave daño al interes de los acreedores y a la conservación del propio patrimonio en clave liquidativa. Ello sucede si se interrumpiera un ciclo de producción que pudiere concluirse o entiende que el negocio o cometido fiduciario resulta económicamente viable hasta el natural destino que es sin dudas la liquidación a canalziarse por la realización de los bienes (art. 189 LCQ).

Tampoco hay dudas que conforme la casuística, los fideicomisos en muchos casos adopten la forma de empresa/actividad o de unidad de negocios económicamente organizado (art. 320 CCCN), y que, en dichos casos claramente deberá el liquidador informar en tiempos oportunos al magistrado de la posibilidad de culminar procesos productivos en curso o de pautas que permitan tornar viable la manda fiduciaria. Por ejemplo en el caso que solo reste culminar una subdivisión y otorgamiento de un reglamento en el caso de un fideicomiso de construcción al costo, o el desarrollo de una trilla o culminación de proceso de engorde en el caso de fideicomisos que se vinculen con el sector agrícola ganadero, entre otros de los muchos ejemplos que pueden suscitarse en el devenir de los negocios que se canalicen por medio de fiducias. Siempre teniendo como norte la pauta del resguardo del patrimonio de afectación, de prevención en el acaecimiento o agravamiento de nuevos daños -agravamiento severo de pasivos- y en su caso en la protección de los acreedores que de una manera diversa, verán menguada su ya castigada a esta altura expectativa de cobro de sus acreencias.

Claro que en todos esos casos el magistrado, con el consejo no vinculante del liquidador o expertos designados al efecto, deberá emitir un dictamen sustentado en la viabilidad económica o no de la decisión de asumir con el patrimonio fiduciario nuevos pasivos. Advirtiendo que resultará de utilidad requerir al liquidador, luego de aceptado el cargo y analizada la situación, que se expidan sobre la conveniencia o no de dar continuidad a la actividad económica del fideicomiso con la télesis que expone el art. 189 LCQ. No siendo atinente encorsetar dicha posibilidad de continuidad a la lectura dogmática de si existe o no empresa, por cuanto los recursos organizados y la actividad, denotan la necesidad y conveniencia de analizar la situación en el modo indicado, sin detenerse reitero, en dogmatismos que sin dudas flaco favor a la crisis le formulan.

XV.- Período de sospecha en la liquidación de patrimonios insolventes y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores

Es de suma importancia que los magistrados se esfuercen en la adecuación pertinente en lo referente al presente capítu-

lo, en donde se precisa indicar la época o punto de partida de la insuficiencia patrimonial no resuelta con aportes de las partes o remedios contractuales preventivos de la crisis, todo ello a los fines de poder en su caso optimizar el análisis de los hechos y actos desplegados u omitidos por el fiduciario en los momentos previos a la crisis.

Luego de presentado el que podríamos denominar informe general del proceso liquidativo por parte de los liquidadores, el juez deberá proceder conforme lo normado por el art. 116 de la LCQ teniendo en su caso en consideración las denuncias o expresiones vertidas en el proceso por las restantes partes del contrato o cocontratantes de la estructura fiduciaria, a los efectos de determinar con la mayor precisión e información posible la fecha de inicio de la insuficiencia patrimonial. Fecha que no podrá conforme el art. 116 LCQ, retrotraerse más allá de los dos años de la fecha del dictado del auto liqudiativo.

Con dicha postura fogueamos la indudable pertinencia y por ende aplicación en los proceso liquidativos fiduciarios judiciales del denominado "*período de sospecha*", el que por aplicación analógica a la fecha tenía prohibida su participación muchas veces sustancial en la recomposición por medio del sistema de ineficiacias sobre los patrimonios insolventes.

Ello en contraposición de la postura doctrinal adoptada por el Dr. Molina Sandoval, quien opina que la determinación de la fecha inicial de estado de cesacion de pagos -que da origen al inicio del denominado período de sospecha en la teoría falencial- no es aplicable al proceso de liquidación judicial del patrimonio fiduciario insuficiente, y que la aplicación pertinente no llega al extremo de autorizar un régimen tan severo como el de las ineficaciones flenciales.[357]

Vale aclarar que la postura del respetable doctrinario citado se propició cuando no había nacido la petinencia, pauta que creemos supera y permite fundamentar la aplicación del exigente y sofisticado sistema de ineficacias concursales en el circuito de-

357 Molina Sandoval, Carlos A., "*El fideicomiso en la dinámica mercantil*" Editorial B de F, Bs. As. 2009 páginas 326 y 345.

marcado por el periodo de sospecha, sin dejar de lado las acciones de nulidad, fraude, ineficacia y/o de simulación propias del ordenamiento privado del sistema general. Pauta que incluso es receptada en forma directa por el propio codificador, quien en el art. 1686 expresamente indica que "*Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de* ***ineficacia concursal****…*". Postura legal y positiva que es doctrinariamente apoyada incluso por quien suscribe y Papa Rodolfo G.[358] en su obra sobre la regulación del fideicomiso en el marco del dictado del nuevo Código unificado.

De este modo deberán los magistrados disponer en los autos de apertura del proceso liquidativo las reglas pertinentes a la fecha de inicio de la insuficiencia patrimonial, al punto que cobrarán eficacia los plazos y posibilidades de participación que habilita el art. 117 de la LCQ.

Fijado lo expuesto, se habilitará en forma directa la aplicación en los proceso liquidativos de los actos ineficaces de pleno derecho, que se identifiquen con a) actos a título gratuito, b) pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la liquidación o con posterioridad al mismo y c) constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida o ajena al patrimonio fiduciario, que originariamente no tenía esa garantía -art. 118 LCQ-.

Y en sentido concordante habilita también la aplicación del sistema de actos ineficaces por conocimiento de los terceros del estado de insuficiencia patrimonial, actos que serán declarados ineficaces para los acreedores, cuando los mismos hayan sido perjudiciales y dispuestos con el conocimiento referido -art. 119 LCQ-. Si bien la acción recaerá principalmente en el liquidador -con el requerimiento del mismo y anuencia de un tramo de acreedores conforme lo disponga el juez-, la acción podrá

358 Papa, Rodolfo G., "*La regulación del fideicomiso en el proyecto del Código Civil*", Errepar, Compendio jurídico, Tomo 69 página 63 diciembre de 2012. En el mismo sentido Chomer – Frick, "*Concursos y Quiebras*", Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires 2016, página 105.

también ser enderezada por los acreedores ante la inacción de los liquidadores, entendiendo inconstitucional la imposibilidad de instar el planteo con beneficio de litigar sin gastos en su caso como ilegalmente lo require para la quiebra, el art. 120 segunda parte de la LCQ. En tales casos, el juez deberá establecer el beneficio o preferencia -entre la tercera y la décima parte del patriomonio recuperado, teniendo como límite el monto de su crédito- que otorga al acreedor diligente que colaboró con la recomposición patrimonial (art. 120 última parte de la LCQ).

Resultan incluso plenamente aplicables por pertinentes las estipulaciones vertidas en los arts. 122, 123, 124 LCQ. Es que sin dudas, "*ante la insolvencia o su proximidad la ley aumenta el derecho de control de los acreedores insatisfechos sobre la gestión del patrimonio del deudor, aislando determinados actos a los que se somete a una normativa que suspenda, quita o decreta ineficacia sobre los mismos*"[359].

No obstante lo expuesto por pertinencia, es interesante remarcar lo normado de manera directa y específica por el propio legislador, quien en el art. 1686 del CCCN ha estableccido que los bienes fideicomitidos quedan expuestos a las acciones de fraude y de *ineficacia concursal* -entendiendo el concpeto concursal como género, asimiblable en el caso a quiebra-, dirimiendo que en el caso no es necesario bucear con esfuerzos en analizar la pauta pertinente. Echando por tierra el propio legislador con las teorías o doctrinas que no entienden aplicable el capítulo de ineficacia a la liquidación de fideicomisos insolventes.

XVI.- Efectos generales sobre las relaciones jurídicas preexistentes

"En relación con los contratos celebrados por el fideicomiso, estimamos que nada obsta a la aplicación de las reglas contempladas en los artículos 143, 144, 145 y 147 LCQ"[360]

359 Busetto, Adalberto Luis; "*El fideicomiso y las acciones revocatorias concursales*", UNLP 2009-2010, 01/11/2010, página 211.
360 Evangelina, Larrondo y Fernando Wetzel; "*La Aplicación de las normas concursales al fideicomiso*" Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Directores Héctor Alegria y Raúl A. Etcheverry, página 9 y ccdtes, 1ra quincena de marzo de 2017 Buenos Aires.

XVII.- Extensión de la liquidación. Grupos económicos.

Sin lugar a dudas entendemos en la pertinente y adecuada aplicación de los sistemas referenciados, operan con las respectivas adecuaciones y compatibilizaciones del caso. Y decimos ello toda vez que las estrcuturas fiduciarias, en un uso desviado, suelen ser el germen o el canal propicio para traspasos o vaciamientos de patrimonios, debiendo en su caso los gestores o responsables de dichas maniobras asumir la responsabilidad que la ley falencial en forma refleja les extiende. Y extiende a personas o patrimonios para que asuman los pasivos generados, no estando ellos en escenario de insuficiencia patrimonial.

Y si bien en los fideicomisos, en principio no habría técnicamente socios con responsabilidad solidaria e ilimitada, no resultará ajeno sostener que existen estructuras fiduciarias donde alguna de las partes o terceros con garantías asumen el rol de responsables solidarios del cumplimiento de los objetos desplegados en el pacto de fiducia, debiendo en dicho caso el magistrado analizar la pertinencia de extensión normada por el art. 160 LCQ, debiendo sin dudas analizar en forma permenorizada el caso concreto.

Asi también, podremos observar como toda persona que, bajo la apariencia de la actuación del patrimonio fiduciario, ha efectuado actos en su interés personal, dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a los acreedores del fideicomiso (art. 161 inc. 1 LCQ); así como toda persona que controle el fideicomiso -siendo parte o no del mismo- cuando ha desviado indebidamente el objeto contractual del mismo, sometiéndolo a una dirección unificada en interés del propio controlate o del grupo económico del que forma parte, debe responder en forma refleja por los daños causados.

Aclarando la propia ley falencial que por controlante se entiende a toda persona que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada -quien muchas veces hace las veces en las estrcuturas fiduciarias de fiduciario o de beneficiario/ fideicomisario- posee participación que permita tomar las decisiones dentro del esquema fiduciario; e incluso cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen la participación o

conforman las decisiones de mando del fideicomiso y por último, a toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos con los del patrimonio fiduciario (adecuación de lo normado por el art. 161 LCQ).

Sería hasta cómodo concluir que como el fideicomiso es un contrato y no un sujeto de derecho, el mismo carece por ende de interés propio. Sin dudas que ello representa un concreto facilismo dogmático, por cuanto claro que el fideicomiso como empresa o actividad empresaria puede y tiene de hecho un interés conforme su objeto, ello toda vez que los negocios lleva consigo íncito un interés, independientemente de si conforma o no una persona. Por ende existe y se conforma en la realidad negocial el interés fiduciario, y si el mismo ha sido alterado, desviado o manipulado en su propio desmedro, claro que el capítulo de extensión y la gran evolución jurisprudencial en la materia, servirán para responsailizar en forma refleja a quienes se esconden detrás de los patrimonios de afectación para pretender no asumir pasivos o para estafar a terceros.

Y lo expuesto no es difícil de advertir incluso en la práctica profesional, donde por ejmplo obervamos fideicomisos concatenados uno del otro, todos ellos de construcción, donde el fiduciario es la misma persona o persona física o jurídica que responden al mismo desarrollador/comercializador -inmobiliaria o constructora por lo general-, donde se reserva el fiduciario derechos de comercializción y desarrollo, y a la postre comienza los proyectos sin adecuadas pautas de contabilidad u orden patrimonial, y va destinando los ingresos de comercialización de una estructura a la otra de manera indiscriminada y sin terminar la primera -generando no solo la inescindibilidad de las contabilidades sino incluso la promiscuidad y confusión de los recursos en los diversos fideicomisos (art. 161 inc. 3 LCQ)-, hasta que el volúmen de los negocios encuentra su techo. La falta de seriedad en los costos e incluso el destino de fondos hacen que las estructuras fiduciarias se detengan en un momento determinado en su faceta de construcción y genera la inevitable insolvencia e incluso el derrumbe patrimonial de todas las estructuras en simultáneo conforme los diversos grado

de avance al que arribaran.

Mocionando incluso que las extensiones que tratamos se reflejen sobre incluso otros patrimonios fideicomitidos, y no necesariamente sobre sujetos de derecho.

La petición de extensión de los efectos de la liquidación judicial podrá ser requerida por el propio liquidador, el fiduciario, las restantes partes del contraro e incluso los terceros acreedores quienes acrediten con las maniobras interés legítimo en la petición (art. 163 primera parte LCQ). Siendo de aplicación las restantes normas del instituto con las adecuaciones pertinentes del caso (art. 163 a 170 LCQ).

XVIII.- Responsabilidad de terceros/representantes

El fiduciario, los administradores de este, en el caso de ser una persona jurídica, mandatarios o gestores de negocios del fideicomiso insolvente que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados (art. 173 LCQ).

Incluso quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declración de liquidación judicial, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho al patrimonio fiduciario en liquidación (art. 173 segundo párrafo LCQ).

Estas acciones gozan de vinculación con el período de sospecha en el espectro de asignación temporal, y deben principalmente ser instadas por el liquidador, no descartando en mi opinión que sean los propios coconratantes y/o terceros interesados quienes puedan dar curso a este tipo de acciones que tramitaran por la vía del proceso ordinario y ante el juez director del proceso de liquidación -quien incluso debe acumular en su juzgado las acciones instadas con anterioridad- (arts. 174, 175 LCQ).

Incluso en este tipo de acciones se pueden instar bajo responsabilidad del patrimonio fiduciario en el caso de medidas

VOLVER A ÍNDICE

cautelares requeridas por el propio liquidador judicial, por el monto y alcance que se entienda adecuado. Claro que para instar este tipo de medidas, debe disponer el liquidador el andamiaje necesario como para acreditar con verosimilitud y peligro en clave cautelar, la responsabilidad y el riesgo por el accionar que se le imputa al tercero.

XIX.- Efectos de la liquidación sobre el contrato de trabajo

En las situaciones liquidativas donde se presenten y planteen las cuestiones atinentes a acreencias laborales, entendemos que sobre los mismso deben regir las mismas preferencias e instituciones particulares que regula la propia ley falimentaria. En efecto, sin dudas que el pronto pago laboral (arts. 16 y 183 LCQ) cobra especial preponderancia y afectación a los fondos líquidos existentes o que ingresen en el devenir del proceso liquidativo, ello toda vez que la calidad constitucional y significativamente alimentaria de los mismos funda sin dudas la pertinencia de su aplicación.

También en su caso los magistrados podrán en dicho caso amparar en la misma tutela del art. 16 LCQ la recepción de peticiones de aquellos denominados "*acreedores involuntarios*" que por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares deban ser afectadas a contingencias de salud, alimentarios u otras que no admitan demoras.

Claro que todo ello con las adecuaciones normativas propias y con la presentación por parte del liquidador de un informe mensual que deberá presentar el liquidador en el caso de que exista este tipo de presentaciones y cuente a esa altura con los elementos contables y de registro que le permitan su producción.

XX.- Liquidación y distribución

La ley falencial establece diversos sistemas de liquidación efectiva de los bienes y derechos que componen la masa liquidativa. A tales efectos entendemos pertiente las normas relativas a: 1) **oportunidad**, 2) **formas de realización** y 3) **plazos de realización**.

En lo relativo a la oportunidad, sin dudas que, más allá de la continuación de algún proceso que se haya dispuesto respecto del

patrimonio fiduciario, lo cierto es que la misma debe disponerse de inmediato -salvo que existan recursos o planteos que requieran de dilucidación previa a la adopción de medidas dispositivas por parte del juez competente- (art. 203 LCQ). Claro que ello con la finalidad de evitar que los bienes que componen el patrimonio puedan resultar dañados, ocupados, o deteriorados por cualquier situación.

Las formas dispuestas por la ley falencial resultan ser principalmente tres, y sin dudas que las mismas pueden ser el vehículo de realización del patrimonio fideicomitido ya sea como 1) **unidad de todo el patrimonio**, 2) **en conjunto** de los bienes que se encuentren en diversos espacios territoriales y 3) por medio de **enajenaciones singulares** de los bienes que componen el patrimonio.

Para llevar adelante la realización concreta de los bienes, es probable que en forma previa el juez y el liquidador, requieran de la asistencia técnica de un martillero o especialista en el tipo de bienes que componen el patrimonio, a los efectos de tasar el mismo conforme a pautas y condiciones de mercado.

Las relizaciones una vez determinado el procedimiento y las bases se desarrollarán por medio de subastas en sus diversas modalidades, mocionando la utilización de sistemas digitales o subastas electrónicas, aunadas al modo de oferta bajo sobre conforme lo normado por el art. 205 inc. 4 LCQ. Ello a los efectos de lograr mayor transparencia, y aunar esfuerzos para continuar con la errdicación en el país de las conocidas "*ligas de compradores*" que tanto daño han causado al sistema.

XXI.- Informe final y proyecto de distribución

Una vez perfeccionadas y aprobadas las liquidaciones propiamente dichas de los bienes que componen el patrimonio fideicomitido, el juez deberá exigir al liquidador la presentación de una rendición documentada de los actos de realización, dejando establecido incluso en su caso los bienes que no hayan podido ser liquidados (art. 218 LCQ).

Junto con la liqudiación, el auxiliar del juez, deberá acompañar un proyecto de distribución final de los recursos obtenidos

por la liquidación, el que una vez aprobado determinara la porción de moneda de liquidación que corresponde a cada acreedor verificado en el pasivo fiduciario conforme el sistema de preferencias, privilegios, reservas y subordinaciones de aplicación.

De acuerdo a la magnitud de la liquidación, el juez a cargo de la misma podrá disponer una vez presentado el proyecto de distribución, ordenar su notificación por medio de edicto o notificaciones personales a los domicilios constituidos por los acreedores. Firme el proyecto, se ordenará el pago del dividendo liquidatorio.

XXII.- Conclusión y clausura de la liquidación

El fiduciario podrá solicitar la conclusión del procedimiento liquidativo cuando consientan el mismo todos los acreedores verificados, expresión indubitada de voluntad que deberá instrumentarse mediante escritos con firmas certificadas. Pauta que solo podrá perfeccionarse luego de determinado el pasivo en el período infirmativo y antes de la última enajenación ordinaria de los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido (art. 225 LCQ).

El magistrado solo interrumpirá el desarrollo de la liquidacion cuando la petición de conclusión sea efectivizada por la totalidad de los acreedores registrados, habilitando en su caso el deposito o garantía suficiente de los montos de los acreeores que no pudieren ser efectivizamente hallados y de aquellos planteos tardíos no resueltos a ese momento, así como las costas y gastos del proceso.

Perfeccionados los requisitos citados, el avenimiento hace cesar los efectos dispuestos con la liquidación judicial, manteniendo los actos cumplidos a ese momento procesal. La falta de cumplimiento de los acuerdos perfeccionados con los acreedores, no da lugar a la reapertura del procedimiento liquidatorio, no obstante la potestad del acreedor de requerir nuevamente la apertura de un nuevo proceso compulsivo (arts. 226, 227 LCQ).

En el caso que los recursos fruto de la liquidación permitan aventurar una situación de pago total (art. 228 LCQ), en dicho supuesto, primero deben liquidarse y cancelarse los intereses suspendidos al momento de disponerse el auto liquidatorio. Recién

sobre el saldo, si fuera el supuesto, participarán los acreedores partes contractuales que posean acreencias. Y si incluso quedara remanente el mismos conforme las cláusulas contractuales deberá ser destinado a los fideicomisarios, que en sentido genérico son la parte contractual a la cual se le destinan in bonis los bienes o derechos al finalizar por cualquier causal el contrato.

Y por último, en el caso de que la liquidación sea finalizada por falta de activos, e activa sin lugar a dudas la presunción de fraude (art. 233 LCQ), y deberán las actuaciones encaminarse hacia la justicia penal, la que sin tener que dirimir entre los delitos de sangre, deberá especializarse y dedicar mayores esfuerzos y recursos a la investigación de este tipo de delitos patrimoniales.

XXIII.- Preferencias y privilegios

Sin dudas que la necesidad de aplicación de la Ley 24.522 en lo que respecta a las liquidaciones, en un principio solo de sus preferencias y privilegios y a la fecha del sistema en si en cuanto soporte la pertinencia propia y particular de las estructuras fiduciarias. La LCQ parece establecer un sistema acabado de preferencias y privilegios -lo que incluso se sostiene para los proceso universales por lo establecido por el art. 2579 CCCN[361]-, y sin embargo con algunas fallas e imprecisiones se podría referenciar, sin ser la finalidad de este trabajo, que el sistema ha soportado la prueba y resuelve en su mayoría todos las adecuaciones que se le plantean al momento de establecer su determinación y prelación al momento de distribuir la generalmente insuficiente moneda fruto de la liquidación.

Desde las preferencias, reservas o gastos prededucibles hasta los privilegios propiamente dichos, resultan aplicables al sistema de liquidación, incluso las normas en materia falencial que tienden a tutelar la preservación de los bienes sujetos a desapoderamiento y posterior liquidación (gastos de conservación art. 138 in fine, 154, 182, 192, 198, 240 y ccdtes. LCQ).

361 ARTICULO 2579 CCCN.- "*Procesos universales. Régimen aplicable. En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos*".

En torno a los privilegios en sentido estricto, sean estos especiales o generales, resulta claro que desde la vigencia de la ley 24.441, las normas de fidieciomiso en casos de liquidación sentaban sus bases sobre la autosuficiencia de privilegios normado por la ley falimentaria. No existiendo con la pertinencia actual, pauta que permita sostener o pensar que el legilsador se ha apartado de dicho apuntalamiento. Base de orden y prelación para la distribución de los fondos que ingresen a la masa liquidativa por efecto de la realización de los bienes, y que, en la mayoría de los supuestos no alcanzará incluso como para hacer frente a todas las acreencias registradas en el pasivo fiduciario.

La "*autosuficiencia*" del sistema de preferencias y privilegios falencial, permite ordenar el rango de prelación en la asistencia al derecho de cobro de los acreedores registrados en el pasivo (art. 239 LCQ "*…solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones*". Ello no obstante que el sistema se termina de integrar por la aplicación de normas y regímenes especiales que se derivan de la norma falencial).

Será materia de análisis casi con seguridad en algunos casos las preferencias que contractualmente se hayan pactado a algunas de las partes contractuales o terceros en el marco del contrato de fideicomiso, incluso herederos en el caso de fideicomisos testamentarios o de trazabilidad sucesoria, y en ese caso deberá el magistrado navegar entre la autonomía contractual y el principio de legalidad y orden público que gobierna las aguas de las preferencias y privilegios. Es inagotable la cantidad de supuestos que pueden darse, y sin dudas podrán surgir contraposiciones entre cláusulas contractuales y el sistema legal de preferencias y privilegios pertinentes de la LCQ, debiendo el magistrado sobre todo en materia de preferencias navegar una solución que se apegue de un modo coherente a todo el ordenamiento en su conjunto (art. 2 CCCN).

XIV.- Subordinación crediticia en el escenario liquidativo

Uno de los puntos más conflictivos y normativamente no resuelto de manera directa y expresa, se identifica con el hecho de si debe distinguirse entre las acreencias propias de las partes del

contrato (fiduciantes, beneficiarios, fideicomisarios -muchas veces identiciados en las mismas personas) de aquellas acreencias de los terceros acreedores del fideicomiso.

Para adentrarnos en dicho análisis debemos referenciar que, son las partes otorgantes del contrato de fiducia quienes ponen a rodar un riesgo concreto al mercado, insertando un posible germen de responsabilidad al mismo y sus concurrentes. Y de este modo, quienes activan las pautas funcionales de la teoría de la responsabilidad desde la función preventiva misma, hasta la función propia y clásica de punición/resarcitoria son los otorgantes del contrato.

Por otro lado se debe analizar si corresponde otorgar al patrimonio fiduciario el mismo trato que recibe normativamente el capital social dentro del espectro de las sociedades -arts. 11 inc. 4, 13, 63, 64, 94 inc. 5, 96, 109 sgtes. y ccdtes Ley 19.550- de modo de equiparar la conformación del capital social con la conformación del patrimonio fideicomitido. Respecto del patrimonio fiduciario el código indica que los bienes que conformen el patrimono deben ser individualizados en el contrato, o al menos debe fijarse el modo y la descripción o caracterísicas que a futuro deben cumplir los mismos -art. 1667 inc a) y b) CCCN-; sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria regida por las disposiciones del capítulo 30 y por las que corresponde al tipo de bienes que lo conformen -art. 1682 CCCN-.

Analizada la normativización del contrato de fideicomiso, claramente el mismo no representa un capital social, técnicamente entendido como si lo hace la norma societaria, por lo que somos de la idea de que no hay modo de aplicar si quiera analógicamente dichas pautas propias del régimen normado por la ley 19.550. No hay distinción en el fideicomiso entre capital y patrimonio fiduciario, no existe norma que indique la necesidad de conformar un capital fiduciario, no existe affectio societatis fiduciaria, no hay normas que ordenen capitalización mínima, en definitiva es ajena la especificación societaria del capital al fideicomiso.

El artículo 1687 del CCCN nos da una premisa exegética de la subordinación advertida, al sostener que "*los bienes del*

fiduciario no responden por las obligaciones contraidas en la ejecución del fideicomiso, las que solo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos….La insuficeincia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones…". De la misma letra de la ley, se desprende que frente a las oligaciones que el fideicomiso contraiga con terceras personas, excluidas las partes del contrato a las que la redacción diferencia al sostener que las partes del contrato no responden con sus patrimonios, las mismas deberán ser canceladas liquidando los bienes que compongan el patrimonio fideicomitido, quedando por ende las partes del contrato subordinadas a la extinción prioritaria de dichas oligaciones.

Que de este modo es la propia letra de la ley la que fija la subordinación de las acreencias que pudieran tener las partes del contrato -fiduciante, beneficiario y fideicomisario- con respecto a la previa cancelación de las obligaciones que el fideicomiso haya contraído con terceras personas en función de la ejecución de su cometido.

De este modo concluimos que la subordinación no surge de poder aplicar la analogía entre el régimen societario y las pautas patrimoniales fiduciarias, las que sin dudas son muy diversas a las pautas del capital social, y sistema de aporte de los socios; sino que surge del propio texto de la ley, que aunado al espíritu de asunción del riesgo creado se identifica con la justa y ecuánime postura de que primero se cancelen las acreencias asumidas con terceras personas en la ejecución del ojeto de la fiducia, y luego de canceladas las mismas, se procederá a cancelar las acreencias de las partes del contrato que se hubieren devengado o pactado en el contrato. Que incluso dicha conclusión se asienta sobre la base sustancial del derecho privado, donde el patrimonio es garantía común de los acreedores; de lo contrario simple e ilegal sería permitir la conformación de fideicomisos, donde en forma previa a cancelar las obligaciones contraidas con terceros, debería resultar canceladas las acreencias del fiduciante o de alguna parte contractual, lo que sin dudas resulta ilegal.

XXV.- Conclusión

En primer lugar debemos concluir que la judicialización de los patrimonios fideicomitidos insolventes ha existido desde siempre. Antes el arribo a la justicia quedaba librado a la prudencia de los administradores o terceros que no tenían tan clara su legitimación como en estos tiempos, pero siempre quien advertía una ilegalidad podía someter a la fiducia o los actos de quienes la administraran a la justicia.

Claro que el voluntarismo de acceder a los tribunales no estaba impuesto, y a ello se agregaba una alta dosis de indeterminación en el tipo de proceso de desplegar, por cuanto el "*espejismo de personalidad*" en el fideicomiso ha sido uno de los paradigmas más fuertes a sortear en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Con el dictado del nuevo código unificado del derecho privado poco ha cambiado. Solo se estableció cuando es obligatorio judicializar, pero para ello reforzó la valoración del contenido contractual como primer herramienta constitutiva de posibles procedimientos preventivos, e incluso permite que las partes del contrato -como principales interesados en el ideario estructural- puedan realizar nuevos aportes para evitar la "*malaria jurisdiccional*".

Sentando las bases de un nuevo proceso falencial pertinente y aplicable a un dominio imperfecto sustentado en un contrato fiduciario. Pertinencia que, como hija no reconocida de la analogía, servirá como válvula regulatoria y adaptativa para usurpar los beneficios de una ya demostrada y últil ley falimentaria.

Una vez más sostenemos que el legislador ha marcado un sendero delimitando que debe y que no judicializarse -vicios tal vez de un código de jueces-, al punto de refundar con fuerza la pauta contractual como primera línea de saneamiento de la insuficiencia patrimonial. Pauta contractual que requiere de mesuradas cláusulas y de injerencia de especialistas a los efectos de insertar contractualmente remedios preventivos que deberán ser agotados a los fines de recién sentir el pulso subsidiario de la liquidación judicial.

La versátil y proteíca conformación que suelen adqurir los negocios fiduciarios, requieren de adecuaciones normativas que sin dudas se distancian de una aplicación lisa y llana de los modelos que imparte la tramitación de los procesoS falenciales en si. Incluso las variables incontables de las fiducias aunadas a la autonomía de la voluntad requieren de un arquitecto conocedor y audaz en la tramitación de liquidación de patrimonios fideicomitidos in malis, transformando a los operadores del derecho en arquitectos pertinentes de una nueva universalidad positiva.

TFI

Acuerdo preventivo extrajudicial -APE- Pontificia Universidad Católica Argentina

Taller de Derecho Comparado

Profesor Dr. Jorge Silvio Sicoli

Dra. Romina Solange Báez

Abogada. Junio 2020

Acuerdo preventivo extrajudicial -APE-

Índice

Introducción y objeto del presente trabajo

Estados Unidos

El proceso concursal extrajudicial previo en el Código de Quiebras

Presupuestos objetivos y subjetivos en el APE y en el PCE

Ventajas y desventajas

Conclusión

España

Acuerdo extrajudicial de pagos

Legitimación (Art 232)

Convocatoria de acreedores (Art 234)

Mayorías (Art 238)

Oposición (Art 239)

Conclusión

Italia

Brasil

Actualidad

Conclusión Final

Bibliografía

Introducción y objeto del presente trabajo

Si bien existen tres tipos de mecanismos concursales previstos en la ley, lo cierto es que dos de ellos propenden a la reestructuración de la deuda: uno de manera judicial a través de la figura del Concurso Preventivo, y otro extrajudicial a través del acuerdo preventivo extrajudicial - A.P.E.-, y por otra parte un tercer camino que tiene a la liquidación de los bienes del cesante de pagos, denominada quiebra.

En dicho sentido, en el año 2002 a través de la Ley 25.589 se modificó todo el derecho concursal a fin de incorporar la figura novedosa del acuerdo preventivo extrajudicial que va de los Arts. 69 a 76 de la LCQ., todo lo cual proporcionó una herramienta alternativa para aquellos supuestos en los que la empresa comenzaba un proceso de cesación de pagos y dificultades económicas y financieras.

Este trabajo se centrará principalmente en la nombrada herramienta, y será crítico realizando una comparación con las legislaciones comparadas, respecto del instituto, comentando proyectos nacionales y distintas propuestas a efectos de que se impulsen mecanismos tendientes a simplificar el instituto nombrado.

Para la tarea que emprenderemos, en primer lugar vamos a establecer la naturaleza jurídica del instituto en tratamiento, el cual se ha ido modificando en el tiempo a través de los aportes realizados por la doctrina y en muchos casos atento a las lagunas jurídicas que presenta el A.P.E., ha sido realizado jurisprudencialmente, es así que de acuerdo a la postura adoptada se modificará la extensión, tratamiento, legitimidad y demás situaciones de tipificaciones y encuadramiento jurídico del instituto.

Por lo antes expuesto es que contamos con las siguientes tesis:

TESIS CONTRACTUAL: Se ha considerado que el acuerdo preventivo extrajudicial se trata de un acuerdo entre partes, es decir entre el deudor y sus acreedores y como tal debería alcanzar en su totalidad los requisitos propios para la configuración de un contrato, es decir, consentimiento libremente expresado (cfr. art. 1144 y concordantes del Código Civil), objeto lícito y jurídicamente posible (art. 953 y 1167 del Códigos Civil) y causa lícita (art. 499 y siguientes del Códigos Civil).

TESIS CONCURSAL: Esta tesis se ha fortalecido a través de la sanción de la Ley 25.589, que determinó que se trataba de una "subespecie del concurso preventivo", "subtipo de concurso preventivo". Esta postura merece una sana crítica desde que comienza a analizar el contenido jurídico del acuerdo una vez que el mismo es presentado para su homologación, sin contemplar en definitiva todo el proceso previo de producción obtención de mayorías, que se desarrolla por fuera del proceso concursal judicial.

TESIS ECLECTICA: En esta tesis que resulta ser de tesitura intermedia entre las dos anteriores, se presupone que, si bien el acuerdo nace como un contrato entre las partes con sus propias características y estructura jurídica, al finalizar adquiere carácter concursal a través de la homologación, que permite que el iudex analice el alcance de los requisitos sustanciales y de forma a los fines de proceder a su definitiva sentencia. Esta postura es seguida por la mayoría de los Juzgados lo que se puede observar por ejemplo en Juzgado Nacional de Comercio N° 9, Secretaría 18, "Acindar Industria Argentina de Aceros S. A.", 2/08/2004.

Estados Unidos

El proceso concursal extrajudicial previo en el Código de Quiebras de Estados Unidos

Entre las legislaciones comparadas consideramos relevante mencionar como precedente directo del instituto bajo análisis (acuerdo preventivo extrajudicial– APE-) una figura del Derecho de los Estados Unidos de América que es el proceso concursal extrajudicial previo del Código de Quiebras de Estados Unidos: "el Prepackaged Chapter Eleven del U.S. Code" – PCE-

En el actual Bankruptcy Code se encuentran regulados todos los procedimientos concursales del sistema norteamericano, que pone a disposición alternativas para la reorganización de sus crisis económico-financieras. Se trata de una norma concursal federal que engloba diferentes materias por capítulos.

Es así, que por ejemplo, el capítulo 11 - "Chapter Eleven"-tiene por objeto establecer un proceso concursal de "reorganización" de la empresa en crisis o en estado de cesación de pagos ("Reorganization Procedure") a fin de sanearla económica o financieramente, solucionar el problema económico o financiero, facilitar su continuación empresarial y así librarla de su liquidación judicial forzosa, solución última reglada en el capítulo 7 –"Chapter Seven"- de ese Código Concursal federal.

En este sentido y como parte de las alternativas extrajudiciales cabe aquí mencionar las instituciones que giran alrededor del denominado PCE que están relacionadas con los procesos extrajudiciales anteriores a la presentación formal del proceso concursal del Chapter Eleven.

Se denomina Pre-Packaged Plan a aquel que es negociado y acordado por los empresarios y los abogados especializados en concursos con anticipación al comienzo formal del proceso judicial del Chapter Eleven, con frecuencia antes de que la crisis sea de conocimiento público. Este es un acuerdo extrajudicial logrado

entre el deudor y los principales financistas y algunos acreedores, pero que necesita la aprobación judicial a fin de asegurar la aceptación del resto de los acreedores a sumarse al arreglo, ya que no se logró la unanimidad de la aceptación de los acreedores. Si hubiera unanimidad no sería necesario el proceso concursal. La idea básica de esta institución es que mucho de la negociación que se da en el Chapter Eleven puede realizarse exitosamente antes del comienzo del proceso concursal. En este periodo la empresa arregla la financiación posconcursal, identifica los contratos que asumirá o rechazará, negocia con los acreedores cuánta deuda podrá ser dada por cancelada o perdonada para que pueda sobrevivir y, de modo más crítico, debe elaborar un plan empresarial realista para su propia recuperación o reorganización futura de modo tal que sea creíble su continuación a los ojos de los acreedores anteriores a la insolvencia, y de los prestamistas postconcursales.

Presupuestos objetivos y subjetivos en el APE y en el PCE

Presupuesto Objetivo: ¿Cuándo un sujeto puede ser sometido?

- En el APE: El deudor en estado de cesación de pago o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo homologación judicial.

- En el PCE: Puede ser una solicitud voluntaria, que sería una reorganización voluntaria solicitada por el deudor. La petición constituye la causa automática de apertura del procedimiento independiente de la situación económica de la empresa.

O también puede tratarse de una solicitud planteada por un agente distinto al deudor; dándose alguna de las siguientes dos condiciones: que son falta de pago de deudas a su vencimiento; y nombramiento de un custodio dentro de los ciento veinte días anteriores a la fecha en que los acreedores presenten la solicitud de apertura (un sujeto que se haga cargo de bienes del deudor para proteger a los acreedores)

Presupuesto subjetivo: ¿Quién puede someterse?

-En el APE: Se encuentran legitimados para realizar el acuerdo

VOLVER A ÍNDICE

todos aquellos que pueden solicitar la apertura de su concurso preventivo. El deudor puede realizar el acuerdo con todos o sólo con algunos acreedores.

- En el PCE: la ley permite, que sean elegibles para someterse al proceso de reorganización tanto personas físicas en forma personal o comercial, como también personas jurídicas, en las distintas formas que puedan existir de acuerdo con la legislación norteamericana. El solicitante de la reorganización tenga sede en los Estados Unidos. Quedan excluidos: compañías aseguradoras, entidades prestadoras de crédito, corredores y agentes de operaciones en mercado de valores, corredores o comisionistas de mercaderías futuras: que deben cumplir disposiciones específicas.

Ventajas y desventajas

Entre las ventajas de un "Pre-pack" podemos mencionar:

-Ahorro de costos: que los acreedores puedan eliminar costos y acelerar el tiempo que normalmente se tomaría en conseguir la aprobación judicial de un plan de rehabilitación bajo el capítulo 11 tradicional. La principal razón de la disminución de costos está dada en que el deudor está obligado a pagar los honorarios y costos no solo de los profesionales que lo asisten y cuya designación haya sido aprobada por el juez concursal, sino también los costos de los profesionales de todos los comités institucionales de acreedores, cuyos montos pueden ser significativos

-Ahorro de tiempo: tienen menor duración en el tiempo comparado con el proceso del Chapter Eleven. Es común que el primero tome entre 30 y 120 días, mientras que el segundo suele durar al menos un año y frecuentemente entre dos y tres años. Asimismo, los honorarios y gastos son notoriamente menores en el primero respecto del segundo, ya que son necesarias muchas más tareas profesionales jurídicas y económicas;

-Mayor facilidad en la obtención de las conformidades y en el manejo del procedimiento: el deudor tiene mayor libertad de movimientos, ya que el directorio conserva plenamente sus facultades de gobierno y administración comercial (al igual que

en el Chapter Eleven), pero no está sometido a la vigilancia, supervisión y monitoreo pormenorizados de los distintos comités de acreedores y del propio juez concursal, que debe autorizar los actos que no sean propios del curso ordinario de los negocios, como ocurre en el Chapter Eleven.

-Reduce los efectos de deterioro sobre los negocios del deudor y tiene menor exposición pública.

En cuanto a las desventajas podemos incluir:

-Durante la gestión de las conformidades el deudor está sometido a los juicios y medidas precautorias;

-La falta de protección judicial durante ese lapso puede hacer fracasar las negociaciones y el plan;

- El deudor que tramita un prepackaged plan tiene mayor dificultad en conseguir nuevos créditos por parte de los acreedores.

En comparación con nuestra legislación podemos formularnos lo siguiente: ¿Puede presentar un APE quien no lleve contabilidad en legal forma?

Se han ido planteando discusiones doctrinaras sobre si este beneficio es solo para los deudores que llevan contabilidad en legal forma o no. Entendemos que cualquier persona que tenga una contabilidad confiable puede presentar un acuerdo preventivo extrajudicial

¿Qué sucede con los acreedores no registrados?

También creemos que son parte del pasivo. Por lo tanto, debería haber una sanción muy grave para el deudor que no denuncie a sus acreedores dado la falta de control del síndico en este proceso.

Consideramos que se debió haber dispuesto que el acreedor que no se denunciara no estará obligado por los efectos del acuerdo.

Conclusión

Como conclusión de este apartado podemos mencionar lo siguiente:

-La sencillez y simplicidad de los procesos extrajudiciales han permitido arribar a soluciones que en muchos casos han resultado ser más convenientes, rápidas y eficaces que los procesos judiciales.

-En la jurisprudencia no se han planteado graves cuestionamientos de fraude en los procesos extrajudiciales, muy probablemente debido a un uso correcto de los mismos por las partes intervinientes.

-Las partes interesadas siempre conservan la libertad de usar los remedios judiciales pertinentes en casos de abuso de la vía extrajudicial.

-Las instituciones del Chapter Eleven y de los procesos colectivos extrajudiciales constituyen vías alternativas o sucesivas válidas a fin de arribar a soluciones del estado de insolvencia o crisis de la empresa.

España

Acuerdo extrajudicial de pagos

En la legislación española, con la entrada en vigencia de la Ley 22/2003 se orientaron a fomentar a los institutos preconcursales como una alternativa al concurso de acreedores.

Al reformarse la Ley Concursal, Ley 22/2003, aparece una nueva institución preconcursal: “El acuerdo extrajudicial de pago”

Se trata de articular una especie de convenio preconcursal, en una vía extrajudicial dirigida por un mediador concursal, que permita alcanzar un acuerdo con los acreedores y superar la situación de insolvencia; que, en el caso de que no pueda ser cumplido, conllevará la apertura del concurso, llamado consecutivo, con liquidación (de la misma forma que ocurre con los convenios alcanzados en el seno del concurso).

Legitimación. (Art 232).

La primera diferencia que encontramos con nuestra legislación es

el tipo de personas a las que alcanza, en la ley española una persona natural que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros, también podrán iniciarlo personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones:

-Se encuentren en estado de insolvencia.

-En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.

- Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

En la Argentina dicho acuerdo será legitimado siempre que el deudor se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, y someterlo a homologación judicial. (ART 69 ley 25.522) independiente de un límite de monto, o ya sea persona humana o jurídica, es decir el instituto alcanza a todo tipo de personas conforme el ordenamiento dispuesto en el CCyC de la Nación Argentina.

En cuanto a la solicitud del acuerdo, en España se recurre al nombramiento de un mediador concursal, dicha solicitud se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor e incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos que sea titular y los ingresos regulares previstos. Se acompañará también de una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, en la que se incluirán una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos y finalmente el contenido de estos formularios será determinado mediante Orden del Ministerios de Justicia.

En la legislación argentina el acuerdo logrado con los acreedores se presenta ante un juez no a un mediador concursal. Presentando

VOLVER A ÍNDICE

la siguiente documentación certificada por contador público.

Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha, del instrumento con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación;

Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación;

Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación;

Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento;

El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor.

Convocatoria de acreedores. (Art 234).

Una vez establecido la homologación se da curso a la convocatoria de acreedores. En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo requerirle su complemento o subsanación o instarle a corregir los errores que pueda haber.

A su vez comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio.

La convocatoria de la reunión entre el deudor y los acreedores se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción.

La convocatoria deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada

uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas.

A diferencia de la ley española, en la legislación argentina no prevé la figura de un mediador concursal quien convocará a las partes para llegar a un acuerdo se presentará el acuerdo establecido entre deudor y acreedor.

Mayorías (Art 238).

Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:

- Si hubiera votado a favor de este el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, con un plazo no superior a cinco años

- Si hubiera votado a favor de este el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más.

Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores se publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal.

De manera contraria, si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuará en estado en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente al juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata

A diferencia de la Argentina para la homologación judicial del acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del artículo 45.

Oposición (Art 239).

En España las impugnaciones del acuerdo se funden en la concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del concurso o falta de convocación.

En el caso argentino, las oposiciones se fundarán por los acreedores que demuestren sumariamente haber sido omitidos del listado previsto y podrán fundarse en el hecho de omisiones o exageraciones del activo o pasivo o la inexistencia de la mayoría exigida.

Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el juez homologará el acuerdo.

Conclusión

España y Argentina integran de este modo el grupo de países con legislaciones concursales que otorgan especial relevancia a la autonomía de la voluntad para proveer solución a la insolvencia.

Ambas legislaciones buscan adelantar soluciones concursales preventivas de la liquidación, amortiguar la exposición del deudor con reales posibilidades de superar la crisis, acortar tiempos procesales, reducir costos, pero con la impronta del control jurisdiccional para otorgar plenos y fuertes efectos a los convenios.

Entendemos el acuerdo judicial de pagos como aquel procedimiento que permite a la posibilidad de solucionar las crisis financieras llegando a acuerdos con sus acreedores, antes de que sea un juez quien diseñe y aplique una solución judicial al problema.

También, podemos entender esta institución concursal como un mecanismo de soluciones financieras, empleado por un mediador concursal, figura creada para intervenir entre deudores y acreedores, para alcanzar la mejor alternativa jurídico-económica.

Italia

El Código Civil Italiano de 1942 se vio reformado en el año 2005 en materia concursal a través de la Ley n 80. Es así que se modifica el derecho falimentario incorporado un nuevo instituto denominado "Acuerdos de Reestructuración de Deudas" (Degli Accordi di ristrutturazione di débito), que incorporó el Art 182 vis en la legislación italiana de fondo, en conjunción con la toma de decisiones y los actos válidos de las personas jurídicas privadas del Art 161 de dicho cuerpo normativo.

Ergo, el proceso falimentario se vio modificado ya que se incorporó la posibilidad de realizar Acuerdo extrajudicial, que a diferencia de nuestro derecho establece que además de la declaración y la documentación prevista en el Art 161 para conformar un acto válido de administración empresarial, el informe de un experto a fin de que acredite la posibilidad de pago del deudor y la actualidad del mismo, ya que el acuerdo de reestructuración debe contemplar la anuencia de al menos el 60% de los acreedores que conforman la masa acreedora.

Posteriormente, y habiendo alcanzado el extremo de admisibilidad del Art. 182 bis, inc. 1 del Código Civil italiano, se determina la publicación no solo del acuerdo sino de su posterior homologación en el Registro de la Empresa, disponiendo un plazo de 30 días para su oposición por cualquier acreedor y/o tercero que se vea perjudicado por la maniobra, siendo en este sentido más contemplativa la legislación foránea que la nuestra, ya que nuestra normativa para la misma oposición prevee el plazo de 10 días, con posibilidad de apelación solo por un plazo de 5 días de homologado y publicado el acuerdo.

Conclusión

Comprendemos acertadas las aristas que presenta la legislatura italiana, en tanto y cuanto permite una mayor experticia al mo-

VOLVER A ÍNDICE

mento de aprobar y efectivizar un acuerdo de este tipo, en tanto no solo le aplican el nombre propio de “reestructuracion de duda” todo lo cual nos orienta hacia el tipo de acuerdos que se intentan alcanzar, sino que ademas exige la presentación de un informe experto sobre los balances actualizados de la empresa a reestructurarse asi como de las posibilidades efectivas de pago en los acuerdos que puedan llegar a validarse.

Asimismo, cabe destacar que los plazos de apelación son mas extensos, lo que da la posibilidad de oposición a los acreedores disconformes y que se vieran perjudicados por la maniobra, maxime teniendo en consideración la forma de publicación que no es mas que Edictal, tal como nuestro derecho lo contempla, con la salvedad de los plazos, los que a nuestro entender resultan mas probos a los fines requeridos.

Brasil

En el año 2005, el sistema jurídico en materia de derecho Concursal del país vecino, sancionó la Ley 11.101, que regula no solo la posibilidad de una reestructuración de duda mediante acuerdos extrajudiciales, sino también acuerdos judiciales y la recuperación del empresario y la sociedad empresaria insolvente.

La nueva ley modifica en un todo el sistema Concursal que se venía implementando en Brasil, es así que anteriormente se encontraba en vigencia el conocido como “Concordata”, que provoca por ejemplo presentar un proyecto de recuperación empresarial sin necesidad de demostrar la imposibilidad de pago a los acreedores, provocando que muchos empresarios y empresas utilicen el sistema como una herramienta para evitar los pagos a los acreedores y así evadir obligaciones contractuales. Es por esto que, con el nuevo instituto, aparece la figura del “Plan de reestructuración empresarial”, que tiende en su naturaleza conforme lo establece el Art .47 de la ley dispositiva, “…el objeto es viabilidad la superación de situaciones de crisis económica- financieras del deudor, a fin de mantener las fuentes productoras, el empleo de los trabajadores

y los intereses de los acreedores…". Es en dicho sentido, que la propia ley lo dispone como una herramienta que tiende a alcanzar la protección de las fuentes genuinas de las fuentes de trabajo como un todo y con un fin social para la sociedad brasileña.

La legislación contemporánea permite alcanzar acuerdos extrajudiciales determinados en el Libro IV bajo el título "La recuperación Extrajudicial", con mayor facilidad que sus legislaciones hermanas ya que permite acceder al instituto sólo con la presentación de documentos que den cuenta del plan económico de reestructuración de deuda, situación patrimonial y balances de los últimos estados contables y se necesitan las 2/3 parte de la mayoría de los créditos.

La característica principal radica en que aquellos acreedores que no hayan sido alcanzados por el acuerdo de recuperación luego de su homologación podrán recurrir a la ejecución individual de créditos, pero al igual que la mayoría de las legislaciones vecinas, tanto el acuerdo como su homologación deberá ser opuesta por cualquier interesado solo en un plazo de 30 días posteriores a la última publicación edictal, la misma es apelable también, y al igual que la legislación argentina requiere de oposición por cáusales taxativamente enumeradas en la ley.

Conclusión

Teniendo en cuenta la finalidad que contiene la legislacion brasileña consideramos que la misma resulta mas beneficiosa socialmente hablando, ello así toda vez que la intencionalidad de los acuerdos de reestructuración en el país vecino resultan de establecer en primer lugar una recuperación genuina e integral de la empresa con dificultades, y por otra parte intenta evitar la fuga de capitales a traves de las declaraciones infundadas de quiebra y/o concurso. Para ello, la legislacion vecina interpreta necesario de alguna manera intervenir acabadamente a los fines de mantener las fuentes de trabajo y la rentabilidad empresaria, las que consideran base de toda su economía, es decir, que la empresa cumple ademas de sus propios fines un rol social, las que si bien en nuestra legislación para su sanción se encuentran contempladas en sus

considerandos, las mismas no se condicen con la aplicación de herramientas legales para la recuperación de las empresas en crisis.

En definitiva, los analisis a los fines de otorgar acuerdos de reestructuración en Brasil se encuentran reguladas de una manera mas eficaz a nuestro entender no solo por los requisitos enumerados, los que resultan mas rigurosos que nuestra legislación, sino tambien por que se encuentra bien establecido el rol de la empresa y el interés estatal en su recuperación y asi lo demuestran en las herramientas legales a sus efectos.

Actualidad

A continuación, remarcamos, publicaciones relacionadas con nuestra temática, de diferentes diarios de mayor circulación, así como en diarios judiciales, en especial en estos últimos meses de acrecentamiento de la crisis económica que transita el país, más aún con la profunda paralización de la actividad económica derivada de la Pandemia por Covid-19.

Noticia Diario Clarín del 03 de junio del 2.020

https://www.clarin.com/economia/economia/empresas-crisis-presentan-proyecto-ley-crea-procedimiento-simple-negociar-acreedores_0_pconq_d6B.html

Se presentó un proyecto de ley para crear un procedimiento simplificado que funcione como una suerte de mediación previa al concurso, con la idea de facilitar los acuerdos y evitar la judicialización, “Procedimiento de Reestructuración Empresaria Simplificada”, al que denominan “PRES”

Las características principales serán que será solicitado por el deudor. Los que podrán pedir este procedimiento son las personas humanas y jurídicas privadas facultadas a presentarse en concurso preventivo. Solo tienen que estar inscriptas en la AFIP, tener CUIT, tener dificultades económicas o financieras de carácter general o

encontrarse en estado de cesación de pagos y no tienen que estar en liquidación.

Dicho procedimiento será coordinado por un negociador privado designado por el deudor, Pero el deudor debe convocar a todos los acreedores que forman una clase o clases de acreedores quirografarios invitados.

Como en el concurso, una vez que el juez admite el inicio del PRES, el deudor podrá pedir que se suspendan por 120 días corridos los pedidos de quiebras o ejecuciones u otras medidas que hagan que la empresa no pueda usar los bienes imprescindibles para su actividad. Este plazo puede extenderse hasta 180 días.

La mayor parte del proceso será digital y todos podrán conocer si una empresa o un particular está en PRES. Se designarán síndicos para que determinen las deudas.

Si hay acuerdo y no hace falta que sea homologado porque así se pactó con los acreedores, las partes firman un documento. Si se requiere homologación se puede pedir al juez y si se alcanzaron las dos terceras partes del pasivo y la mayoría absoluta de acreedores quirografarios, se podrá pedir un Acuerdo Preventivo Extrajudicial. Si no hay acuerdo, la empresa va al concurso tradicional o APE. Y, si el acuerdo no se cumple, se podrá renegociar o ejecutar judicialmente.

Diario Judicial 18 de junio de 2020, Artículo, por Enrique H. Kiperman

https://www.diariojudicial.com/nota/86672

Una gran cantidad de empresas deberán acudir a los tribunales para intentar superar la crisis y evitar su desaparición. Cómo juegan en esta emergencia los institutos previstos por el Ley Comercial. Concurso, Quiebra, APE y Cramdown.

La ley falencial argentina ofrece una variedad de institutos para ser aplicadas como remedios concursales.

Estos son:

- Acuerdo Preventivo Extrajudicial sin homologación judicial.
- Acuerdo Preventivo Extrajudicial con homologación judicial.
- Concurso Preventivo por pedido directo del deudor.
- Concurso Preventivo por conversión de la quiebra.
- Salvataje (Cramdown) como consecuencia del fracaso del concurso preventivo.
- Concurso Preventivo de los garantes.
- Concurso Preventivo del agrupamiento.
- Fideicomiso de Administración con control judicial.
- Quiebra a pedido del deudor.
- Quiebra a pedido de acreedor.
- Continuación de la explotación en la quiebra – Cooperativa de Trabajo.
- Avenimiento en la quiebra.
- Conclusión de la quiebra por pago total.

La función más importante del asesor en materia de crisis es diagnosticar adecuadamente la situación particular de la empresa y elegir, de corresponder, algunas de las herramientas detalladas precedentemente, atendiendo la naturaleza de las mismas y la adecuación al caso específico de que se trata.

Para ello es necesario conocer acabadamente las características más destacadas de cada uno de los institutos en análisis, como así también las eventuales consecuencias que acarrea su aplicación. En este sentido es necesario considerar las condiciones fácticas y legales como así también los efectos deseados, buscándolos, y los no deseados, tratando de evitarlos o acotar al máximo su incidencia.

Por último, la utilización del remedio concursal es una herramienta legal lo suficientemente amplia y abarcativa que permite su aplicación a distintos tipos de empresas y actividades y en diversas situaciones.

Finalmente, es importante destacar que, existiendo tantas variables y realidades diferentes, el especialista asesor deberá encontrar creativamente la combinación estratégica más adecuada al caso puntual en que intente su aplicación, tratando de maximizar el beneficio del empresario y de la organización, sin descuidar el costo social que necesariamente se halla involucrado en el proceso.

La Nación, 21/05/2020 Nota por Sofía Terrile

https://www.lanacion.com.ar/economia/empresas-endeudadas-que-no-hay-avalancha-concursos-nid2366811

Las señales de auxilio de un sector privado endeudado y casi sin ingresos por la cuarentena total empezaron a aparecer de a poco. Cheques rechazados en aumento, defaults de deuda corporativa y acuerdos con los trabajadores. Pero, hasta el momento, hay pocas noticias del proceso judicial que había vuelto con fuerza en los últimos años por los problemas financieros en las empresas: el concurso de acreedores.

Coincidimos en que hay una primera razón más evidente: los tribunales están en feria judicial y solamente atienden casos urgentes.

Asimismo, los estudios contables y de abogados alegan que reciben varias consultas por día, “consultas ‘por las dudas’”, dicen, pero que todavía recomiendan esperar. Esto no es 2001, cuando explotaron los acuerdos extrajudiciales para renegociar deudas en dólares. No es un problema financiero: las empresas tienen un problema operativo, de flujo de cajas. Y es difícil que un concurso lo resuelva: es más, hasta lo puede agravar.

Ante todo, son una herramienta defensiva para evitar la quiebra y renegociar deuda con AFIP, bancos o proveedores y de costos operativos. Pueden llevar de 12 a 18 meses -si hay buena predisposición del deudor y de los acreedores- y son caros. Se necesitan

como mínimo $300.000 para ponerlo en marcha, estima la contadora Silvia Gómez Meana, presidenta de la comisión dedicada a concursos del Consejo Profesional de Ciencias Económicas.

"Por ahora, no hay una avalancha de concursos porque la ley actual no está contemplando lo que necesitan las pymes en cuestiones de costos y de plazos", resume Gómez Meana. Por el momento, resistirán a pesar de que los datos demuestran que no están en su mejor momento: los últimos datos de Nosis dan cuenta de 228.225 cheques rechazados en abril, un 650% más que en enero. Es decir, de una cadena de pagos rota.

Por lo cual, de nuestro análisis concluimos que el APE es una herramienta que debería utilizarse como solución viable.

Diario Perfil 18/06/2020 Nota por Patricia Valli

https://www.perfil.com/noticias/economia/santiago-cafiero-confirma-modificaciones-ley-quiebras-pyme.phtml

En la presentación del informe 125 ante el Senado Nacional, Santiago Cafiero, el jefe de Gabinete, detalló que se busca extender los plazos, evitar remates de bienes clave y permitir que se revisen los acuerdos ya alcanzados para tener en cuenta los efectos del Covid-19. (Fuente www.perfil.com). El periodismo profesional es costoso y por eso debemos defender nuestra propiedad intelectual. Robar nuestro contenido es un delito, para compartir nuestras notas por favor utilizar los botones de "share" o directamente comparta la URL. Por cualquier duda por favor escribir a perfilcom@perfil.com

Informe N°125 del Honorable Senado de la Nación, pregunta N° 347

Por su parte, el Jefe de gabinete de Ministros, Lic. Santiago Cafiero, frente a la consulta de los cambios planificados y proyectos sobre la Ley 24522 Concursos y Quiebras, responde en el Informe N°125 del Honorable Senado de la Nación, pregunta N° 347:

" El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Desarrollo Productivo se encuentran actualmente trabajando en cambios a la ley de Concursos y Quiebras. Los mismos consisten en facilitar el acceso a la solución concursal de las personas humanas y de las personas humanas y físicas que realicen actividad económica organizada bajo la forma de micro, pequeña o mediana empresa, evitar el remate de bienes imprescindibles para asegurar el giro empresarial, prorrogar el vencimiento del período de exclusividad a efectos de permitir un mayor plazo de negociación y admitir la reformulación de propuestas de acuerdo homologadas cuya viabilidad haya quedado sustancialmente alterada en razón del cese de la actividad ordenado como consecuencia de la pandemia COVID-19, originada por el nuevo coronavirus.

Asimismo, se evalúa la incorporación a la Ley de Concursos y Quiebras de la conciliación extrajudicial para las personas humanas y jurídicas en situaciones de cesación de pagos o de dificultades económicas o financieras de carácter general cuyas eventuales convocatorias de acreedores encuadren en la definición de pequeños concursos (Capítulo IV del Título IV Ley 24522) a efectos de alcanzar un acuerdo preventivo extrajudicial en los términos del artículo 69 y ss. de la Ley 24522.

Finalmente, se está analizando la posibilidad de que el juez del concurso autorice la contratación de préstamos para capital de trabajo a fin de permitir la continuidad de la empresa, la conservación de bienes o el cumplimiento de la propuesta de acuerdo preventivo."

Diario ámbito financiero 23/05/2020 Por Hernán Martín Oriolo.

https://www.ambito.com/opiniones/acreedores/para-pymes-las-11-diferencias-el-acuerdo-preventivo-extrajudicial-y-el-concurso-o-la-quiebra-n5104158

En la nota se señala Entre las diferencias más relevantes que existen con el concurso preventivo puede señalarse que el "Acuerdo Preventivo Extrajudicial" (APE) no requiere que la persona jurídica o humana que haga uso de este instituto se encuentre en estado

de cesión de pagos, siendo suficiente con que se encuentre atravesando dificultades económicas o financieras de carácter general.

Un punto de suma relevancias es que aún cuando el acuerdo no fuese homologado judicialmente, este mantiene plena validez entre las partes que lo suscribieron, salvo acuerdo en contrario

Entre las diferencias más relevantes que existen con el concurso preventivo puede señalarse que el APE no requiere que la persona jurídica o humana que haga uso de este instituto se encuentre en estado de cesión de pagos, siendo suficiente con que se encuentre atravesando dificultades económicas o financieras de carácter general.

El deudor conserva en todo momento la plena administración de sus bienes ya que al no designarse un síndico no existe la supervisión de dicho órgano, prevista para los concursos preventivos, haciendo más ágil la gestión de la empresa, un menor costo del proceso de restructuración en el que no hay que contemplar los honorarios de la sindicatura.

Conforme se lo advierte, el APE requiere de la presentación de una cantidad de documentos notablemente inferior a los que son requeridos por la Ley para solicitar y obtener la apertura de un concurso preventivo…".

Concluimos en que el autor del artículo señala erróneamente que siempre lo que encarece los procesos, son los honorarios Profesionales de los síndicos, peritos y demás auxiliares de la justicia. Excluye de su análisis, que aun prescindiendo de sindicatura que controle, el APE podría hacerse sin intervención de los jueces ni abogados ni tasa de justicia. ¿Y el deudor refinancia con sus acreedores o acaso para refinanciar con AFIP se necesita el APE?

Digamos que aquellas deudas que no están judicializadas, en muchos casos, las empresas podrían llegar acuerdos entre ellas y sus acreedores sin necesidad de que intervengan terceros.

Lo que lamentablemente puede suceder es que algunos vean en el APE una oportunidad importante de sacar algún beneficio económico personal en detrimento del objetivo del instituto.

En lo que respecta a los pasivos fiscales, la Resolución General de la AFIP 4341/2018 permite a los contribuyentes que obtuviesen la homologación del APE cancelar las deudas relativas a obligaciones impositivas, aduaneras y de los recursos de la seguridad social allí referidas mediante un plan que contempla el pago de un anticipo del cinco por ciento de lo adeudado y el saldo en hasta sesenta cuotas con una tasa de financiamiento efectiva mensual equivalente a la Tasa Nominal Anual (TNA) canal electrónico para depósitos a plazo fijo en pesos en el Banco de la Nación Argentina a CIENTO OCHENTA (180) días, vigente para el día 20 del mes inmediato anterior al correspondiente a la consolidación del plan, más un TRES POR CIENTO (3%) nominal anual.

Coincidimos en que sería deseable que en el grave contexto en el que nos encontramos, el plazo de financiación pudiera ser extendido por la AFIP por hasta 120 meses y con una tasa de interés inferior, que no supere o que sea incluso inferior a la tasa contemplada en la resolución. Una empresa saneada permite no solo la percepción de los impuestos pasados, sino también, el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes y el cobro de futuros tributos, mientras que una empresa en quiebra ningún beneficio trae a la sociedad.

Conclusión final

Para cerrar nos resulta oportuno para contraponer y dejar sentada nuestra opinión traer la tesis sostenida por Truffat: "… Puede concluirse que más allá de sutilezas formales, lo que la ley llamó acuerdo preventivo extrajudicial podría también denominarse concurso preventivo extrajudicial. Ello, al menos, en tanto y en cuanto se comparta la tesis primordial de este estudio en el sentido de que la figura regulada por los arts. 69 y sigs. es una subespecie del concurso preventivo propiamente dicho.

- El adjetivo extrajudicial no es feliz ¿qué tiene de extrajudicial un trámite que se efectúa ante el juez y cuyos efectos se siguen de una decisión homologatoria del magistrado? ¿Se dirá que es ex-

VOLVER A ÍNDICE

trajudicial por no haber verificación? ¿Por carencia de sindicatura? ¿Acaso en el trámite preventivo propiamente dicho no se ha sustraído, o intentado sustraer, la etapa de impugnación -observación de los estrados judiciales? Y esto, ¿convierte al concurso de marras en un proceso no judicial? …

En realidad, estamos en presencia de un trámite simplificado, pero no extrajudicial…" (sic. E. Daniel Truffat "El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial Ley 25.589 "Ad hoc"; pag. 38).

No obstante, para nosotros, el APE es una herramienta idónea y alternativa al concurso preventivo, que permitirá superar soluciones de asfixia financiera.

A diferencia de lo que ocurre con el concurso preventivo, cuya presentación determina la suspensión de los intereses (con excepción de los garantizados por prenda o hipoteca), la presentación del APE no causa la suspensión del devengamiento de intereses. Sin perjuicio de ello, la suspensión puede estar incluida en el APE que se celebre.

Se suspenden todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor (con las exclusiones del artículo 21 de la Ley) una vez que se ordena la publicación de edictos mientras que, en el concurso, ello ocurre una vez que se dispone la apertura del proceso concursal.

Asimismo, otro aspecto beneficioso a las empresas que transitan un proceso de crisis, es el hecho de que se les permita salir ellos mismos en busca de anuencias por parte de sus acreedores y alcanzar las mayorías necesarias - que en definitiva no será mas que lo que deberían realizar en el período de exclusividad en un concurso ordinario - presentando ante los estrados judiciales la solución a sus problemas economico- financieros, sumado a ello que atento a su propia situación de crisis, los excenta del pago de honorarios que muchas veces superan inclusive los pasivos motivos de concurso o quiebra, tasas de justicia, etc. Los que en lugar de encontrar una solución para la empresa en crisis, permitiendo que continuen sus fines sociales, conservación de fuentes de trabajo y progresión de la economía entendida como macro, acentúan los inconvenientes financieros y los hacen desprenderse muchas veces de los fines

para los que se han dispuesto, llegando al indudable proceso liquidativo.

Finalmente, en caso de desistir del pedido de homologación, o de no homologarse el APE, el deudor podrá aún solicitar su concurso preventivo.

Bibliografía APE y otros acuerdos

-Alegría, Hector "Acuerdo Preventivo Extrajudicial...", Rev.D.Privado y Comunitario, 2002-3,

-El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente Cambio Por Julio César Rivera

-Preconcursalidad y reestructuración empresarial Segunda edición Juana pulgar Ezquerra Fuente: Ebookcentral

-Ley Española. Ley 22/2003 título VIII de las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos, capítulos I, II ,III y IV - https://www.boe.es/

-Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE): Adalberto L. Busetto. "Convenio anticipado español y el acuerdo extrajudicial preventivo argentino (analogías y contrastes)" Tomo/Boletín XVII – abril 2005

-Publicado en: LA LEY2006-F, 1330 Autor: Tévez, Alejandra N. "La reforma de la ley concursal en Italia "Cita Online: AR/DOC/3211/2006

-Artículo derecho concursal comparado por Efraín H. Richard (Universidad Nacional de Córdoba) www.acaderc.org.ar/ doctrina/artículo

-María Pía Scavarda Basaldua "exégesis y reflexiones sobre una alternativa a la crisis empresarial: APE".

-Exposición del Dr Ariel Dasso en la 10 jornada de derecho Concursal bonaerense.

-EL PROCESO CONCURSAL EXTRAJUDICIAL PREVIO EN EL CÓDIGO DE QUIEBRAS DE ESTADOS UNIDOS (EL PREPACKAGED CHAPTER ELEVEN DEL U.S. CODE). Autores: MIGUENS, HÉCTOR JOSÉ1 hmiguens1@ius.austral.edu.ar Fuente: Díkaion. 2018, Vol. 27 Issue 2, p231-281. 51p.

-Legislación de Argentina, Brasil, España, Italia, USA.

-Proyectos de ley, artículos periodísticos

Jurisprudencia ERREPAR:

CONCURSOS. ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGACIÓN. EFECTOS. IMPROCEDENCIA. EXISTENCIA DE JUICIOS EN TRÁMITE: Transporte Automotor Plaza SACEI s/acuerdo preventivo extrajudicial - Cám. Nac. Com. - Sala D - 12/07/2013

-ACUERDO PREVENTIVO. ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL. CARENCIA DE LEGAJO DE ACREEDOR. EFECTOS: La Planta de Juan B. Justo SA s/Acuerdo Preventivo Extrajudicial - Cám. Nac. Com. - Sala E - 24/04/2019 Cita digital EOLJU188051A

-ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL. CARACTERES. SUBTIPO CONCURSAL: Raiser SA s/acuerdo preventivo extrajudicial - Cám. Nac. Com. - Sala F - 10/08/2017 Cita digital EOLJU184067A

-Concursos. Acuerdo preventivo extrajudicial. Improcedencia de tramitar dos procesos concursales en forma simultánea: “INSTITUTO SACRE COEUR SA s/CONCURSO PREVENTIVO” – CNCOM. - SALA C - 13/3/2012

-CONCURSOS. ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL (APE). FUNDAMENTO. OBJETO. EFECTO DEL APE HOMOLOGADO: Compañía Sudamericana de Exhibidores SA c/SanCor Cooperativas Unidas Ltda. S/ejecutivo - Cám. Nac. Com. - Sala F - 19/02/2019 - Cita digital EOLJU188707A11.

COLEGIO DE ABOGADOS DE QUILMES

- 30 AÑOS -

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE QUILMES

La academia nos junta, la vida nos une.

¡Gracias a quienes fundaron las bases de este lugar de Encuentro!

ediciones dyd
innovación jurídica

GrupoProfessional
EXCELENCIA EN CAPACITACIÓN

ISBN 978-987-8353-13-5
9 789878 353135