

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por Héctor Alegria y Graciela Medina

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

COORDINADORES:

José H. Sahián

María Carolina Abdelnabe Vila

Año VIII | Número 3 | Junio 2022

ISSN 2469-049X

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 2469-049X
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por Héctor Alegria y Graciela Medina

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

COORDINADORES:

José H. Sahián

María Carolina Abdelnabe Vila

Año VIII | Número 3 | Junio 2022

COMITÉ HONORARIO:

Bueres

Echeverry

Manóvil

Richard

Rivera

Tobías

Uzal

COMITÉ ACADÉMICO:

Chomer

Compagnucci de Caso

Córdoba

Hernández

López Herrera

Márquez

Molina Sandoval

Müller

Paolantonio

Parellada

Picasso

Pizarro

Saux

Sicoli

Solari

Stiglitz

Vázquez Ferreyra

Vergara

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

DOSSIER

CINCUENTA AÑOS DE LA LEY DE SOCIEDADES. SU IMPACTO EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO

Sociedades, régimen patrimonial del matrimonio y recompensas. Principios, problemas y soluciones <i>Graciela Medina</i>	5
El contrato de opción: su régimen jurídico y aplicación a las acciones de sociedad <i>Pablo D. Heredia</i>	15
El accionista fiduciario, el fiduciario con derechos de accionista y la sociedad como fiduciaria <i>María Valentina Aicega</i>	30
La empresa familiar frente a la Ley de Sociedades. Desajustes legales, concordancias contractuales y la "sociedad por acciones simplificada" como tipo ideal <i>Eduardo M. Favier Dubois (h.)</i>	42
Postulados sobre las sociedades entre cónyuges en el marco de los contratos celebrados entre estos en el régimen de comunidad. A la luz del derecho constitucional-convencional y la finalidad tuitiva de las normas <i>Esther H. S. Ferrer de Fernández</i>	57
Ley General de Sociedades: apuntes para la adecuación al presente y al futuro <i>María Fraguas - Andrea Schnidrig</i>	70
Nuevos horizontes en materia de responsabilidad de administradores societarios <i>Emilio F. Moro</i>	76
Importancia del derecho societario dentro del ordenamiento jurídico. A propósito de los cincuenta años de la sanción de la LGS <i>Lorena R. Schneider</i>	98
A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino <i>Christian A. Taliercio</i>	116

PERSONA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM*

Medida autosatisfactiva. Consentimiento informado. Voluntad procreacional. Procedencia..... 141

El consentimiento en la fertilización *post mortem*

María Julia Fornari..... 146

FAMILIA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

NULIDAD DE MATRIMONIO

Ocultamiento de un hijo extramatrimonial a quien luego sería su esposa. Omisión de dar a conocer la cualidad negativa de “no trabajar”. Rechazo de la pretensión. Plazo de caducidad. 161

Improcedencia de la nulidad luego del divorcio

María Magdalena Galli Fiant 165

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA ADOPCIÓN

Deber de los jueces de proteger al niño como sujeto más vulnerable. Decisiones que pueden afectar su vida. Rechazo de la adopción y revocación de la guarda que se mantuvo por once años. Voluntad de la madre biológica. Figura del “triángulo socioafectivo” como más beneficiosa para la niña 170

Vínculo socioafectivo entre NNyA y sus pretensos adoptantes. El impacto del paso del tiempo en la determinación de su interés superior

María Eugenia Pérez Hortal 178

ALIENACIÓN PARENTAL

Adolescente que manifiesta el rechazo a vincularse con su padre. Ausencia de pensamiento autónomo. Manipulación del hijo realizada por la madre. Cuadro de “implante de memoria”. Revinculación paterno-filial 185

Interés superior del niño, alienación parental y coparentalidad: un fallo justo

Juan Manuel Leonardi 189

El derecho a la coparentalidad en función de la “libre” opinión del hijo

María Luciana Pietra 194

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Daños causados por animal suelto en la ruta. Responsabilidad del Estado. Deber de la actora de acreditar los reiterados avisos a la autoridad que alega en su demanda o la ocurrencia de accidentes similares en la zona con anterioridad. Responsabilidad del propietario. Falta de acreditación de que el animal que protagonizó el accidente sea de propiedad de los codemandados..... 209

Luctuoso accidente

Mariano Gagliardo..... 221

CONTRATOS

DOCTRINA

Interpretación contractual: el revés de la trama <i>Hernán Verly</i>	229
---	-----

DERECHOS REALES

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

Conjuntos inmobiliarios. Adecuación al régimen de propiedad horizontal. Poder reglamentario. Cuestiones técnicas. Invasión de la esfera legislativa.....	257
--	-----

Reglamentación de las leyes de la Nación: la IGJ y sus límites de competencia. Las resoluciones 25/20 y 27/20

<i>Eduardo L. Gregorini Clusellas</i>	260
---	-----

USUCAPIÓN

Rechazo de la excepción de prescripción. Procedencia de la reivindicación del inmueble. Derechos sucesorios.	268
---	-----

Reivindicación y excepción por prescripción adquisitiva. La saludable costumbre de hacer justicia

<i>Roberto Paz</i>	273
--------------------------	-----

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

DOCTRINA

El derecho del consumo en la era de la economía digital. Dinámica de los contratos electrónicos. Armonización legislativa. Regulación nacional y regional (Mercosur). Firma electrónica vs.firma digital

<i>Nadia Alejandra Pocius</i>	295
-------------------------------------	-----

CONCURSOS Y QUIEBRAS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO CONCURSAL

Inoponibilidad de los efectos concursales al crédito de una niña víctima de abuso sexual. Acto ocurrido dentro del establecimiento educativo de la concursada. Aplicación de instrumentos de protección internacional de los derechos humanos. Reparación plena e integral. Disidencia parcial.....	321
---	-----

Una tutela concursal diferenciada, integral, efectiva y con perspectiva de género

<i>María Indiana Micelli</i>	323
------------------------------------	-----

Perspectiva de género y proceso concursal

<i>Carlos E. Ribera</i>	329
-------------------------------	-----

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

DOCTRINA

La adquisición Disney-Fox en la ley 27.442 de Defensa de la Competencia. "Simba, algún día todo esto será tuyo"

Gonzalo M. Nazar de la Vega

347

DOSSIER

**CINCUENTA AÑOS DE LA LEY DE SOCIEDADES.
SU IMPACTO EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO**

Sociedades, régimen patrimonial del matrimonio y recompensas

Principios, problemas y soluciones

Graciela Medina (*)

Sumario: I. Introducción y objetivos.— II. El porqué del estudio del tema. Los problemas.— III. El carácter ganancial o propio de las participaciones y ganancias societarias en el Cód. Civ. y Com.— IV. Recompensa. Concepto.— V. Fundamento.— VI. Caracteres de las recompensas.— VII. Problemas que genera el régimen de recompensas al sistema societario.— VIII. Recompensas y sociedades.— IX. Dividendos, utilidades y reservas.— X. El derecho al beneficio y el derecho creditorio.— XI. Capitalización de acciones. Carácter de las acciones capitalizadas.— XII. Falta de distribución de utilidades.— XIII. Protección constitucional.— XIV. Conclusiones.

I. Introducción y objetivos

La ley 19.550 de Sociedades cumple este año 50 años de vigencia. Durante ese período de tiempo ha sufrido modificaciones, que no han variado su esencia. En igual período de tiempo el derecho de familia y en especial el régimen de disolución del matrimonio y el de la sociedad conyugal han recibido cambios trascendentales.

En este escenario, existe una constante, cual es la necesidad de compaginar las normas societarias a las disposiciones que rigen la denominada sociedad conyugal.

El sistema de derecho de familia argentino plasmado en el Cód. Civil argentino ha instituido un régimen de divorcio incausado, absolutamente objetivo y que no requiere plazo de duración del matrimonio para operar. Es decir, en nuestro país es fácil divorciarse, pero afirmamos que no lo es poner fin a la comunidad de bienes que se genera con el matrimonio, cuando los cónyuges no han optado por el régimen

de separación de bienes, y sus patrimonios están organizados en sociedades.

En efecto, la disolución de la denominada “sociedad conyugal” es compleja, porque se confunden los bienes propios y gananciales. En este sentido, hace un tiempo señalaba Eduardo Roca: “En el régimen comunitario del patrimonio conyugal, nunca ha sido fácil determinar el carácter ganancial o propio de los bienes cuando la sociedad debe liquidarse. Especialmente fastidiosas son las participaciones de los esposos en sociedades por acciones porque, emitidas por entes con vida propia y evolución paralela pero diferente a la del matrimonio, su encuadramiento no ha sido sencillo en el régimen actual, lo cual puede comprobarse con la lectura de la bibliografía especializada” (1).

Por otra parte, no se puede encontrar respuesta clara a los interrogantes planteados en la jurisprudencia anterior a la reforma del Cód. Civ. y Com. porque las normas que regían el régimen

(1) ROCA, Eduardo, "El régimen comunitario del patrimonio conyugal en el Proyecto de Código", LA LEY 11/09/2012, 11/09/2012, 1 - LA LEY, 2012-E, 1357, Cita online: TR LALEY AR/DOC/4697/2012.

(*) Profesora titular, Facultad de Derecho, UBA.

patrimonial eran diferentes y, por ende, sus soluciones no pueden extrapolarse sin más a los conflictos actuales que están regidos por principios normativos diferentes.

En este contexto, el objetivo de nuestro trabajo consiste en reflexionar sobre los derechos que le corresponde al cónyuge del socio de una sociedad al tiempo de la disolución del matrimonio, esto implica determinar qué derechos le corresponde a la persona unida matrimonialmente con el propietario de participaciones en sociedades propias, tanto a la disolución del matrimonio como en el supuesto de cambio de régimen patrimonial matrimonial de comunidad de bienes y ganancias al de separación de bienes.

Cuando nos referimos a las relaciones y derechos de los cónyuges a la disolución del matrimonio sobre los resultados de las participaciones de su consorte en sociedades, nos limitaremos a tratar el tema de los esposos casados por el régimen patrimonial de comunidad de bienes y dejaremos de lado las cuestiones que puedan surgir entre los unidos por un régimen de separación de bienes, porque en ese caso no se generan recompensas. Es decir, sus relaciones son ajenas al tema que nos convoca.

II. El porqué del estudio del tema. Los problemas

En la Argentina más del 90% de los matrimonios se celebran bajo el régimen patrimonial del matrimonio de comunidad de bienes y ganancias, aun cuando hoy existe la opción de casarse por el régimen de separación, no está en nuestras costumbres optar por este último, al momento de celebrar las primeras nupcias, aunque si advertimos que en la actualidad se producen cambios de régimen de comunidad a separación durante la vigencia del matrimonio.

Por otra parte, en nuestro país más del 95% de las sociedades que se celebran, son sociedades de familia que tienen una enorme trascendencia porque son las que motorizan la economía del país.

De allí la vital importancia que tiene el estudio de las relaciones entre las sociedades comerciales y la llamada “sociedad conyugal”, porque no

es lo mismo dividir las ganancias que producen los bienes inmuebles que dividir las ganancias que producen las sociedades dedicadas a la explotación de inmuebles, en este último caso el tema se complejiza en forma exponencial.

El mayor problema surge entre los cónyuges no socios o socios minoritarios casados con socios mayoritarios para que se les reconozca su derecho a la ganancialidad, esto es a la mitad de las ganancias generadas en el matrimonio después de pagadas las deudas, cuando los bienes están organizados en sociedades.

Las cuestiones cruciales por decidir consisten en determinar los derechos gananciales del no socio cuando las ganancias o dividendos no se distribuyen. Algunos de los problemas que se presentan son los siguientes:

- La ganancialidad de los dividendos cuando, sin estar estos distribuidos, pero sí determinados, la empresa se vende.
- El carácter a dar a las acciones generadas por la capitalización de utilidades.
- El alcance a dar a la capitalización de utilidades.
- El carácter de las reservas.

En este entorno dificultoso, las recompensas constituyen una herramienta imprescindible, que debe ser usada en la liquidación de la comunidad de bienes para impedir que el patrimonio propio de uno de los cónyuges se vea beneficiado por las ganancias que corresponden a la comunidad o que a la inversa se vea empobrecido por haber aportado bienes a la comunidad.

Al decir de Ferrer las recompensas buscan “impedir que el patrimonio propio de un cónyuge se incremente a costa del patrimonio ganancial, porque en tal supuesto el otro cónyuge está sufriendo un perjuicio; como también que la masa ganancial aumente a expensas del patrimonio propio de uno de los cónyuges, porque en este caso se perjudica este último, beneficiándose indebidamente el otro consorte. Se trata, por lo tanto, al producirse la liquidación de la sociedad conyugal, de mantener la integridad de las masas patrimoniales de cada cónyuge

ge, evitando que uno se beneficie en detrimento del otro" (2).

La complejidad del sistema de recompensas y su utilidad al tiempo de la liquidación de la comunidad de bienes hace necesario delimitar claramente que son las recompensas, conceptualizarlas, dar su fundamento, establecer sus caracteres a fin de analizar algunos supuestos particulares.

III. El carácter ganancial o propio de las participaciones y ganancias societarias en el Cód. Civ. y Com.

El Cód. Civ. y Com. no reguló el carácter de los dividendos, ni de las ganancias de una sociedad en forma especial, no obstante, su prolija enumeración de los bienes propios y gananciales.

Así, por ejemplo, trata en forma específica el carácter de las cabezas de ganado, cuestión que dividía a la doctrina, demostrando la importancia que estos tienen en una economía agrícola ganadera. Sin embargo, no advirtió que los establecimientos ganaderos están organizados en forma de empresa y que hubiera sido más útil determinar el carácter que tienen las ganancias empresarias cuando uno de los cónyuges forma parte de una sociedad de capital.

Ante la ausencia de norma específica hay que estar a las normas generales relativas al régimen patrimonial y en especial las disposiciones que se ocupan de los bienes propios y gananciales a fin de poder precisar los bienes gananciales generados por esposas/os empresarios.

El art. 465, Cód. Civ. y Com., en sus incs. c), d) y f), establece que serán gananciales: "c) Los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad; d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad y e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio".

(2) FERRER, Francisco, "Código Civil Comentado" en MÉNDEZ COSTA, María Josefa, (dir.), Derecho de familia patrimonial, Rubinzal Culzoni, p. 324.

Por su parte el art. 233, Cód. Civ. y Com., establece que son frutos los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia.

Ello implica que los frutos de los bienes propios de uno de los cónyuges son gananciales, aunque esos gananciales son de titularidad del cónyuge dueño del bien propio que los generó.

Darle carácter de gananciales a los frutos de los bienes propios es de máxima importancia porque están destinados a ser partidos por dos a la disolución de la comunidad, y además están protegidos por una serie de acciones que buscan proteger esa ganancialidad.

Así debemos tener en claro que, en el régimen de comunidad, el cónyuge del empresario tiene derecho a que los frutos de la empresa o sociedad de su esposa/o sean considerados propios y también tiene acciones durante la comunidad que le permiten preservar la ganancialidad.

Ahora bien, la cuestión está en determinar cuáles son los frutos civiles producidos por una sociedad de capital, como evaluarlos y cuando hacerlo.

La doctrina anterior y posterior al Cód. Civ. y Com. considera que los dividendos son frutos civiles (3), tal consideración que compartimos no es suficiente a los fines prácticos.

Es insuficiente porque no da respuesta al supuesto que no se han distribuidos dividendos, o que se capitalizan las ganancias, o que las ganancias indefinidamente pasan a reserva. Ello así corresponde ahondar en el tema de las recompensas.

IV. Recompensa. Concepto

Las recompensas son créditos que forman parte de la extinción de la comunidad, generados por el incremento del patrimonio de uno de los cónyuges a costa de la comunidad o por el au-

(3) Ver por todos el completo estudio de BASSET, Úrsula en su tesis doctoral "La calificación de bienes en la Sociedad Conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

mento del haber ganancial en detrimento del patrimonio propio de uno de ellos (4).

Las recompensas se originan durante la administración de bienes en el matrimonio cuando uno de los cónyuges invierte sus bienes propios en la comunidad sin obtener contraprestación propia alguna o cuando alguno de los esposos utiliza los bienes gananciales para aumentar el valor de los propios. Es decir, las recompensas surgen por un desequilibrio patrimonial indebido que debe ser corregido.

La finalidad de las recompensas es reestablecer el equilibrio patrimonial e impedir que los bienes propios de uno de los cónyuges se vean sobrevalorados en desmedro de la masa ganancial o que el patrimonio ganancial se vea enriquecido a costa de los bienes propios.

Las recompensas son el eje sobre el que va a girar la liquidación de la sociedad conyugal, de allí la importancia de su estudio.

V. Fundamento

Los fundamentos de las recompensas son:

a) Mantener la integralidad de las masas de bienes propio y ganancial. Las recompensas están pensadas para evitar que el patrimonio propio de un cónyuge se enriquezca o empobrezca a costa del patrimonio ganancial. Cabe explicar que ello no implica que el patrimonio propio de un cónyuge no pueda aumentar durante el matrimonio, evidentemente ello puede ocurrir, pero no con el correlativo empobrecimiento de la masa ganancial porque la recompensa es irrenunciable.

El eje que atraviesa la recompensa se basa en la idea de evitar un enriquecimiento de un patrimonio en desmedro del otro. Obviamente, las masas pueden aumentar por innumerables motivos, empero, si ese beneficio es a costa de perjudicar a la otra masa, ahí deviene necesaria la cuenta que hará que se desplace el más de una al menos de la otra

b) Evitar el enriquecimiento sin causa. La teoría de las recompensas busca evitar el enrique-

cimiento sin causa de un cónyuge a costa del empobrecimiento del otro. Así no se puede tolerar que quien tiene mayores bienes propios, de capital no comparta las utilidades o ganancias con su esposo/a.

c) Respetar la prohibición de contratos de donaciones entre cónyuges. Si un cónyuge ha invertido su dinero ganancial en un negocio propio del otro no se puede admitir que haya querido donar ese dinero al otro cónyuge por la prohibición de contratos entre cónyuges unidos por el régimen de comunidad establecida en art. 1002 del Cód. Civ. y Com. Por ejemplo, si el cónyuge titular de bienes propios reinvierte los frutos de las sociedades propias (que son gananciales) en la sociedad propia, su consorte tiene derecho a recompensa, ya que no se puede pensar que el esposo que invirtió los bienes gananciales en la sociedad propia se enriquezca.

d) Principio de subrogación. Las recompensas respetan el principio del pago con subrogación, que funciona cuando se paga una deuda que grava un patrimonio con fondos procedentes de otro patrimonio.

No olvidemos que el principio de subrogación es un principio general del derecho. Para entenderlo valga un ejemplo supongamos que una empresa propia de uno de los cónyuges o sus participaciones se venden pendiente la distribución de dividendos, el valor de esos dividendos que son gananciales y dan mayor valor a la empresa o al paquete transmitido se transfieran al precio de venta por el principio subrogación, porque lo contrario implicaría la pérdida del derecho a la ganancialidad sobre los dividendos pendientes de distribución por la venta del paquete accionario.

e) Obtener una partición de bienes equitativa e igualitaria. La equidad es el fin último del derecho que no se obtendría si un cónyuge se enriqueciera en su patrimonio propio a expensas de no compartir las ganancias con su consorte, olvidado que el régimen patrimonial argentino es un régimen de comunidad de bienes y ganancias.

(4) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, "Derecho de familia", Abeledo Perrot, 2016, p. 411.

Imaginemos que el cónyuge sea titular de acciones Nasdaq (5) o del Merva (6) y estas aumentan su valor, el aumento de valor es ganancial cualquiera fuera la calificación de estas acciones, porque ellas se compran para ser vendidas ganando o perdiendo con su incremento, en este caso no podemos aplicar el principio de que las cosas disminuyen o aumentan para sus dueño, por la sencilla razón que quien se dedica a operar en bolsa nunca generaría bienes gananciales y lo que el régimen patrimonial matrimonial quiere es un reflejo de la realidad económica.

Así como quienes heredan inteligencia y son médicos o ingenieros deben compartir sus ganancias con su cónyuge, quienes heredan fuerza y son obreros tienen que repartir sus ingresos con su esposa, del mismo modo quienes reciben acciones de forma tan gratuita como la inteligencia o la fuerza tienen que compartir las ganancias de su capital con su marido o mujer. La protección de la ganancialidad hace a la solidaridad familiar.

VI. Caracteres de las recompensas

a) Irrenunciable: el derecho de pedir recompensas es irrenunciable durante la vigencia de la comunidad de bienes y cualquier cláusula en un contrato que llevara a ese resultado sería nula. Así *si en un convenio de compraventa de acciones de una sociedad que tiene pendientes los dividendos a distribuir, un cónyuge señalara por ejemplo que reconoce como propios de su esposo las participaciones accionarias que se disponen en el contrato, ello no puede interpretarse como una renuncia a cobrar recompensas por los dividendos gananciales generados por esos bienes propios.*

Es que el reconocimiento de la calidad de propios de los bienes no puede atentar contra el orden público del régimen patrimonial de bienes que establece que los frutos pendientes de los bienes propios son gananciales y ellos dan derecho a recompensas irrenunciables.

(5) El Nasdaq Composite es el índice bursátil de EE. UU. que incluye valores nacionales e internacionales donde cotizan más de 5200 empresas.

(6) La palabra Merval es en realidad un acrónimo de las palabras "Mercado de Valores de Buenos Aires".

En este sentido Ferrer afirma que el derecho a pedir recompensa es irrenunciable durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero renunciable después de su disolución, en cuanto se trata de un derecho adquirido de contenido patrimonial.

b) De orden público, ello implica que el sistema no es modificable por la voluntad de las partes y por lo tanto no cabe admitir ninguna interpretación contractual que implique renunciar a las recompensas.

c) Es personal y transmisible por causa de muerte.

d) La enumeración realizada en el Cód. Civ. y Com. es enunciativa, ello quiere decir que las recompensas no se producen solamente en los casos enumerados sino en todos aquellos que se cumpla la regla general. De allí que, "en el derecho argentino, el sistema equilibrador de las recompensas se va a producir siempre que el patrimonio propio se haya enriquecido a expensas del patrimonio ganancial o cuando el haber ganancial se haya empobrecido con el consecuente enriquecimiento sin causa de los bienes propios, porque el fundamento de las recompensas reside en lograr una igualdad de derechos gananciales entre los cónyuges y la protección de las masas propias y gananciales" (7).

e) Se establecen y pagan a la disolución del régimen de comunidad de bienes, esto significa que no se pueden pagar recompensas durante la comunidad, ello se realiza para cambiar de un régimen de comunidad a un régimen de separación o a la disolución del régimen de comunidad por fin el matrimonio, ya sea por divorcio o por sucesión.

f) Son prescriptibles. Por ser una acción personal prescribe a los cinco años a contar de la disolución de la comunidad porque la prescripción se encuentra suspendida durante su vigencia.

(7) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Recompensas", Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. La Ley noviembre diciembre 2021, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2946/2021.

cia (art. 2543 inc. a.). En definitiva, el plazo de prescripción es el genérico del art. 2560 (8).

g) *Son quirografarias*. El crédito generado por el derecho a recompensa es un crédito quirografario, sin garantía ni privilegio alguno (9).

VII. Problemas que genera el régimen de recompensas al sistema societario

La teoría de la recompensa está expresada en el art. 491 primer párrafo al decir: "La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad".

Este principio de fácil enunciación plantea múltiples problemas en su aplicación práctica en el ámbito societario.

Los principales problemas que presenta se relacionan con las participaciones societarias y con las empresas. Algunos de estos problemas son los siguientes:

a) *¿Qué ocurre cuando una empresa propia o participaciones de una empresa propia que genera ganancias pero no reparte dividendos entre los socios se vende a un tercero?*

La cuestión allí es determinar cuál es el derecho del cónyuge del socio o del cónyuge del dueño de la empresa frente al precio cobrado por la empresa que incluía en su haber utilidades no distribuidas.

En el caso de venta de sociedades de capital o de venta de las cuotas partes, el cónyuge del socio actualiza su derecho a los gananciales sobre el monto de la venta e indiscutiblemente hay que determinar las utilidades para establecer la parte ganancial de la operación.

Esto es elemental, porque la venta de la empresa con los dividendos no distribuidos no le hace perder al cónyuge del socio, su derecho a la ganancialidad.

(8) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Régimen patrimonial...", ob. cit., p. 581; BASSET, Úrsula, en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), Código Civil..., ob. cit., t. III, p. 363.

(9) FERRER, Francisco, "Tratado de la Familia", t. I.

b) *¿Qué ocurre cuando las sociedades propias de uno de los cónyuges no distribuyen ganancias, sino que las invierten en la sociedad, cuyas participaciones aumentan su valor y siguen siendo propias? ¿Cómo hacer para no perder la ganancialidad en este supuesto?*

El tercer párrafo del art 491 del Cód. Civ. y Com. establece: "Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio".

El párrafo transcrito es insuficiente para dar solución a los múltiples supuestos que se presentan, ya que pareciera aludir solamente al derecho a recompensa cuando por la capitalización de utilidades las sociedades aumentan su valor, cuando en realidad enuncia un principio general que se inscribe en una teoría de las recompensas amplia.

Una interpretación simplista del tercer párrafo del art. 491 nos llevaría a afirmar que solo se deben recompensas al cónyuge del socio si hay capitalización de utilidades. Esta interpretación es insostenible por lo limitativa y sesgada y porque al decir de Gonzales Magaña, mira al tema de las recompensas con los lentes reductores de las Sociedades Anónimas (10).

Lo cierto es que el tercer párrafo del 491 establece un principio general, como claramente lo señala Úrsula Basset al decir que el art. 491 en su última parte establece una regla general, que norma que son propios todos los acrecimientos de valores mobiliarios (acciones de una sociedad), sin perjuicio del derecho de recompensa. Y agregan creemos que es de justicia.

Las citadas autoras además expresan: "El régimen anterior no traía pautas claras, ni soluciones concretas frente a posibles abusos o fraudes a la comunidad perpetuados a través de la decisión de no distribuir dividendos, que por ser frutos civiles tendrían carácter ganancial" (11).

(10) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, ob. cit.

(11) BASSET, Úrsula - GONZÁLEZ, Eliana, "Régimen Patrimonial del matrimonio", ED, p. 232.

VIII. Recompensas y sociedades

Por nuestra parte pensamos que el art. 491 en su tercer párrafo establece un principio aplicable a todo tipo de sociedades por el cual cuando la sociedad se enriquece por no repartir ganancias hay derecho a recompensa.

¿En qué nos basamos?

- Que alude a los fondos de comercio donde no hay “capitalización de utilidades” (en sentido técnico) por lo tanto, no solo se está refiriendo a las sociedades anónimas y SRL, ni tampoco se está limitando la capitalización sino a toda forma de acrecimiento del valor inmobiliario.

- Si admitimos que alude a todo tipo de sociedades la recompensa se da siempre que exista un mayor valor adquirido por no distribuir ganancias.

- Al aceptar que estamos ante un principio general debemos aceptar la recompensa cuando exista mayor valor, haya habido o no haya existido capitalización de utilidades en estricto sentido técnico.

- Si no fuera un principio general dejaría desprotegido al cónyuge del socio de cualquier Sociedad que no fuera una SA o una SRL., ya que estas no capitalizan utilidades

- Si no aceptamos que estamos ante un principio general dejaríamos sin explicación clara lo que ocurre con las ganancias no distribuidas en las SA que no son capitalizadas.

- Si no admitimos que estamos ante un principio general dejamos sin recompensa cuando el aumento de capital de la SA no proviene de revalúo de capital sino de ganancias producidas durante la comunidad.

- Tiene mayor sentido en un régimen de comunidad de bienes y ganancias, donde las ganancias deben ser divididas a la disolución

- Lo contrario produce un enriquecimiento sin causa para el cónyuge que tiene como bien propio la sociedad o la participación societaria revalorizada por la incorrecta distribución de ganancias siendo que el fundamento de las

recompensas es evitar el enriquecimiento sin causa.

- No admitir que nos encontramos frente a un principio general lleva a una desigualitaria división de los bienes gananciales siendo que las recompensas buscan mantener la igualdad en la división de gananciales.

- No admitir que estamos frente a un principio general podría llevarnos a sostener que si no hay capitalización de utilidades en sentido técnico no habría derecho a recompensas aun cuando la sociedad hubiera aumentado su valor por la reinversión de las ganancias no distribuidas.

En definitiva, no solo cuando la sociedad se enriquece por capitalización de utilidades el cónyuge del socio tiene derecho recompensas, sino que lo tiene en todos los casos en que la sociedad se enriquece por las ganancias generadas durante el matrimonio.

IX. Dividendos, utilidades y reservas

Entendemos por dividendo la porción de las utilidades generadas por la sociedad que el órgano de gobierno resuelve distribuir entre los socios.

Debe tenerse en cuenta que el dividendo no es lo mismo que ganancia contable, ni que utilidad; y que jurídicamente, es el resultado positivo del incremento del patrimonio social (estado de resultados), mientras que utilidad es el incremento del patrimonio exteriorizado por el balance (o estado patrimonial) como consecuencia de la mayor dimensión del activo en relación con el pasivo.

Debe quedar claro que “[l]as utilidades de una sociedad son el incremento del patrimonio social exteriorizado por el balance y provienen de un resultado económico regular, aprobado por los socios, y de ganancias realizadas y líquidas, resuelta su distribución por el órgano de gobierno societario, una vez practicadas las deducciones legales obligatorias y/o las facultativas. La capitalización de aquellas supone transformar en capital social los fondos disponibles inscritos en el balance”.

En definitiva, el dividendo es parte del beneficio que la asamblea de accionistas decide distribuir entre las acciones, si la participación en esta corresponde a una anónima o SRL.

Las utilidades distribuidas pueden ser tanto las generadas en el ejercicio como las acumuladas de ejercicios anteriores, que obran registradas en el rubro "Resultados no asignados".

Los dividendos pueden ser abonados: 1) en efectivo o especie; o 2) mediante la emisión de más participaciones (acciones, cuotas o partes de interés) (art. 189, LSC).

Ninguna duda cabe que si los dividendos son abonados en efectivo estos son gananciales, la cuestión que suscita duda es la de distribución de dividendos en acciones o la no distribución de utilidades.

X. El derecho al beneficio y el derecho creditorio

El profesor Roitman (12) explica que la LS en su primera norma define la sociedad comercial y destaca como elemento distintivo de la relación societaria que los socios participen de los beneficios. Agrega que las sociedades, por naturaleza, se constituyen para obtener lucro, es decir para obtener ganancias repartibles entre los socios. Tales ganancias o beneficios se traducen en utilidades que resultan de los estados contables. Las utilidades, o bien el derecho sobre ellas es un derecho corporativo de naturaleza abstracta que se materializa en el dividendo aprobado. En ese momento nace un derecho creditorio, pues hasta entonces es un derecho en expectativa. La utilidad se materializa en el dividendo que sitúa al socio en la posición de acreedor de la sociedad. Este derecho nace y se hace exigible con la decisión del órgano de gobierno de la sociedad al fijar el dividendo repar-tible.

Hasta ese momento exige *el derecho al beneficio* (13), que resguarda al accionista contra

(12) ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales Comentada", Ed. La Ley, t. II, arts. 61 a 126, comentario al art. 68, p. 105.

(13) Verón lo denomina "derecho al dividendo", llamando al derecho creditorio derivado del "crédito del

cualquier acto social que intente excluirlo de la participación a las ganancias, antes de que se concrete el derecho societario.

El derecho al beneficio se trata de un derecho potencial que responde al objeto por el cual la sociedad se ha constituido.

Cabe señalar, siguiendo a Roitman que el derecho abstracto a los beneficios y el derecho de crédito, no son nociones antagónicas, pues involucran un mismo concepto en estadios analíticos diferentes. El derecho al beneficio es la faz abstracta del derecho al dividendo su faz concreta (14).

Una vez concretizado el derecho de crédito, este derecho es despojado de su naturaleza societaria, convirtiéndose en una cuenta más del pasivo exigible (15).

El derecho al beneficio constituye uno de los derechos más importantes derivados del derecho estatus de socio y la reglamentación de este derecho no puede desvirtuarlo por vía estatutaria, contractual o asamblearia, y condice con las disposiciones contenidas en los arts. 13, 69, 66 inc. 3° y curto 234 y 236 de la LS.

El derecho al beneficio o el derecho al dividendo en su faz abstracta es un bien ganancial y como tanto no le puede ser privado al cónyuge del socio que, aunque su esposo no tenga el derecho crediticio concreto siempre ha de tener el derecho al dividendo porque este derecho constituye un derecho esencial (16), inalienable e, irrenunciable.

dividendo", VERÓN, Alberto, "Tratado del derecho de las Sociedades", t. II p. 525.

(14) ROITMAN, ob. cit., p. 105 y doctrina por él citada.

(15) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Principios básicos del régimen de distribución de Utilidades", JA 2004-4-7. Cita: TR LALEY 0003/010872.

(16) Ibidem. El derecho al dividendo es esencial y constituye uno de los ejes del derecho societario. Los socios constituyen la sociedad justamente con esta finalidad: la de obtener beneficios. Y por ello esta característica insufla al ordenamiento ciertas pautas interpretativas. En general, los distintos institutos societarios no pueden interpretarse en contradicción con la adecuada finalidad de ganancia que persiguen los socios

XI. Capitalización de acciones. Carácter de las acciones capitalizadas

Cuando la sociedad no distribuye dividendos, sino que los capitaliza *la capitalización de utilidades genera un derecho a recompensa para el cónyuge del socio, y las acciones emitidas en concepto de capitalización de utilidades serán propias.*

Ello surge de 1) lo dispuesto en el art. en el art. 464, inc. k) del Cód. Civ. y Com. que dice que son propias “las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante esta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de esta para la adquisición”; 2) lo dispuesto en el art 491 del Cód. Civ. y Com. que establece en su tercer párrafo que “si la participación en una sociedad comercial de carácter propio de uno de los cónyuges ha adquirido un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio”.

Claramente Eduardo Roca explicaba: “La sociedad conyugal quedará, pues, titular de un crédito contra el esposo propietario de las acciones, crédito cuyo monto será igual al importe invertido efectivamente en la compra de acciones en ejercicio del derecho de preferencia de acciones propias o al monto nominal de los dividendos declarados por la asamblea y distribuidos a las acciones propias en acciones integradas con dichos dividendos” (17).

XII. Falta de distribución de utilidades

Otra cuestión por resolver es ¿qué hacer cuando la sociedad no distribuye sus utilidades, ni en dividendos líquidos, ni los capitaliza?

En esta cuestión debemos tener en cuenta, a más de lo dicho sobre el derecho al beneficio,

(17) ROCA, Eduardo, "Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos", LA LEY, 74-884, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. III, 205, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2191/2008.

que hay dos órdenes de relaciones, una está dada por las relaciones frente a la sociedad y otra se produce por las relaciones internas entre los socios.

Este tema lo explica magníficamente Zannoni al decir que cuando se habla del valor de cuotas sociales de un cónyuge en la liquidación de la sociedad conyugal, debe precisarse el doble orden de relaciones, que entran en juego.

a) En las relaciones internas entre el cónyuge socio y la sociedad de que forma parte, el valor de su cuota-parte, de su cuota social es intangible y por ende insusceptible de determinación actual.

b) Pero en las relaciones entre el esposo socio y su cónyuge, la alternativa de la liquidación de la sociedad conyugal acaecida como consecuencia de la disolución en caso de divorcio puede obligar a computar, no el mero valor nominal de los aportes que aquel efectuó al constituirse la sociedad que integra, sino el valor real actual que integrará la masa ganancial (18).

En definitiva, la falta de distribución de utilidades no puede conspirar contra el derecho del cónyuge del socio. Por lo tanto, si la sociedad no quiere distribuir las utilidades el cónyuge del socio tiene el derecho a que se evalúe en forma real las participaciones accionarias al momento de liquidar la sociedad, ya sea por divorcio, por muerte o por cambio al régimen de separación de bienes y se tengan en cuenta las utilidades no distribuidas.

Lo mismo ocurre cuando se vende la sociedad. *En el caso de venta de sociedades de capital o de venta de las cuotas partes, el cónyuge del socio actualiza su derecho a los gananciales sobre el monto de la venta e indiscutiblemente hay que determinar las utilidades para establecer la parte ganancial de la operación.*

El precio de venta de las sociedades de capital es independiente de los dividendos, en este precio hay que determinar la realidad económica

(18) ZANNONI, Eduardo, "Sociedades entre cónyuges. Cónyuge socio y Fraude Societario", Ed. Astra, Buenos Aires, 1980, p. 83.

ca, realidad que el derecho de familia actual se nutre.

XIII. Protección constitucional

El derecho al dividendo, en sus dos dimensiones, está directamente tutelado por el derecho de propiedad (arts. 14 y 17, CN) y, por ende, el derecho del socio a participar en las ganancias también lo está.

Debe recordarse que la noción de propiedad a la que alude la Constitución Nacional no es estricta (en el sentido de mero derecho real —art. 2506, Cód. Civil—), sino que abarca un sentido más amplio, ya que, al decir de la Corte Suprema, “ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad”.

XIV. Conclusiones

El derecho del cónyuge del socio a participar de las ganancias societarias está directamente tutelado por el derecho de propiedad arts. 14 y 17 de la CN.

La participación del socio y de su cónyuge en los beneficios de cualquier sociedad además de derivar de toda una estructura normativa societaria y del régimen patrimonial del matrimonio. (arts. 68, 69, 70, 189, 224, 225, etc. LSC. [t.o. 1984, LA 1984-A, 46]), emana con obvia naturalidad de los conceptos de sociedad y de comunidad de bienes gananciales.

En el caso de venta de sociedades de capital o de las cuotas partes, el cónyuge del socio actualiza su derecho a los gananciales sobre el monto de la venta, por el principio de subrogación. En este supuesto hay que determinar el valor de las utilidades no distribuidas para establecer la parte ganancial de la operación.

El art. 491 del Cód. Civ. y Com. contiene un principio general por el cual son propios todos los acrecimientos de valores mobiliarios (acciones de una sociedad), sin perjuicio del derecho de recompensa, por las ganancias no distribuidas, que acrecen el patrimonio social.

En el supuesto de capitalización de utilidades de acciones propias, las nuevas acciones son propias pero el cónyuge socio debe un derecho de recompensa a su consorte.

El contrato de opción: su régimen jurídico y aplicación a las acciones de sociedad

Pablo D. Heredia (*)

Sumario: I. La disciplina jurídica del contrato de opción.— II. El contrato de opción sobre acciones de sociedad.

I. La disciplina jurídica del contrato de opción

El Cód. Civ. y Com., llenando un vacío que presentaba el derecho privado anterior, dio entidad legislativa al contrato de opción.

Tal cuerpo legal lo define diciendo que es "...[e]l contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga(ndo) al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo..." (art. 996).

Separándose de algunas expresiones de la doctrina del derecho comparado que lo conciben como un contrato definitivo (1), el contrato de opción es considerado en nuestro derecho como un contrato preliminar que, entonces, debe contener los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo (art. 994).

Su mecánica es clara: mediante el contrato de opción no se adquiere el derecho a la perfección o celebración de un contrato principal futuro, sino que se concede al favorecido u opcionario el derecho de concluir un contrato, aceptando, a través de declaración unilateral de voluntad, las condiciones de la oferta. De tal suerte, el opcionario conoce desde un principio, desde que se celebra el contrato de opción, el contenido de

su derecho y la posibilidad de su consolidación dentro de un plazo determinado (2).

El Cód. Civil italiano de 1942 también contempla esta figura, pero lo hace describiendo más bien sus efectos al decir que "...[c]uando las partes convinieran que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga la facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable..." (art. 1331) (3).

Como se aprecia, tanto la ley argentina como la italiana, aunque partiendo de diversos enfoques, acuden al elemento común de la irrevocabilidad para caracterizar al contrato de opción.

Tal irrevocabilidad es, ciertamente, causa del interés de cada una de las partes en contratar y de ahí su inexorable mención legislativa.

Se trata, valga observarlo, del interés recíproco que los contratantes tienen en vincularse a una oferta contractual (4), y en el cual estriba la justificación práctica del contrato de que se tra-

(2) SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Ed. Montecorvo. Madrid, 1966, p. 119, nro. 7.

(3) La legislación española no regula el contrato de opción en general, pero el art. 14 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria del 08/02/1946 hace referencia al contrato de opción como acto inscribible. De su lado, la doctrina española ha considerado el referido contrato en diferentes trabajos, algunos de los cuales son citados en el presente estudio.

(4) SCOGNAMIGLIO, Renato, "Dei contratti in generale", en la obra "Commentario del Codice Civile a cura de

(*) Abogado y procurador (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D.

(1) GALGANO, Francesco, "Il contratto", CEDAM, Padova, 2011, p. 146, nro. 38, texto y nota nro. 43.

ta, a saber, la ventaja que significa para una de las partes tener a su disposición por cierto tiempo la vinculación de la otra (5).

En efecto, quien otorga la opción (concedente) tiene un interés inmediato en que su propuesta sea irrevocable porque tiene un interés mediato de ulterior concreción, normalmente vinculado a la obtención de la prestación correspondiente que surja del contrato definitivo (6), y, en tal sentido, con relación al concedente, se habla de una renuncia convencional al poder de revocar (7). De su lado, la parte que recibe la opción (opcionario), satisface su interés en consolidar el proceso formativo del contrato definitivo para, entretanto, poder reflexionar sobre si decide concluirlo o no sin temor a una revocación de la propuesta, colocándose así incluso en una posición prevalente sobre el concedente que queda en situación expectante (8).

Por cierto, los aludidos intereses de las partes en quedar vinculadas por el contrato de que se trata se insertan, a su vez, en un más extenso cuadro, que es el de los intereses que corresponden al contrato definitivo, del cual la opción es solo un estadio preliminar (9). Pero esa inserción y ligazón no impide ver que la causa del contrato de opción es autónoma del contrato definitivo pues, bien vista, se orienta a llenar la función consistente en transformar en fija e inmutable la propuesta contractual, por voluntad de las partes (10).

A. Scialoja e G. Branca", Nicola Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 146, nro. 1.

(5) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, "Contrato de opción" en la obra titulada "Estudios de Derecho Privado", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, t. I [obligaciones y contratos], ps. 355/356.

(6) ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 155, nro. 9.

(7) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 144, nro. 1 y su cita de TAMBURRINO, Giusepp, "I vincoli unilaterali nella formazine progressiva", Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 46 y ss.

(8) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 141, nro. 1; ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 155, nro. 9.

(9) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 155, nro. 9.

(10) LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, "Elementos de Derecho Civil", Dykinson, Madrid, 2011, t. II, vol. I [dere-

Llegado a este punto, podría parecer que entre oferta irrevocable y contrato de opción no hay diferencias apreciables pues la irrevocabilidad que anida en ambas figuras propone un efecto jurídico común, a saber, la ineficacia de la revocación que pretenda el oferente en el primer caso o el concedente en el segundo, así como el mantenimiento de la vigencia de la oferta o bien de la opción, pese a la muerte o posterior incapacidad de uno u otro. En efecto, la declaración de revocación de una oferta irrevocable no produce efecto (11), y cuando el oferente se obliga a mantener la propuesta durante un plazo determinado o por tiempo indeterminado (12), su muerte o incapacidad no la afecta (13), haciendo ello excepción a la regla del art. 976 Civ. Com. Y otro tanto ocurre tratándose del contrato de opción, pues el derecho del opcionario no decae por revocación que hiciera el concedente, y se mantiene aún después de la muerte o incapacidad de este último (14).

cho de obligaciones - parte general - teoría general del contrato"], ps. 387/388, nro. 243.

(11) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis en ALTERINI, Jorge H. (dir.) y ALTERINI, Ignacio (coord.), "Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético", Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 123. Pero el aserto debe ser objeto de precisión, pues aun cuando a la declaración de voluntad de oferta se la hubiese concebido como irrevocable, la retirada no quedaría impedida si la propuesta no ha llegado todavía a su destinatario. En tal caso, la oferta irrevocable no ha generado derecho o interés de tipo alguno (conf. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, "La compraventa internacional de mercaderías - Comentario de la Convención de Viena", Ed. Civitas SA, Madrid, 1998, p. 173). Es la doctrina del art. 975, Cód. Civ. y Com.

(12) STIGLITZ, Rubén S., Contratos Civiles y Comerciales, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 172/173, nro. 141, señala que, en las ofertas irrevocables por tiempo indeterminado, puesto que se restringe severamente la libertad de no contratar la interpretación debe ser restrictiva y admitirse la fijación judicial de un plazo, sin perjuicio del mantenimiento de la oferta por un plazo razonable con fundamento en la buena fe.

(13) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 152, nro. 7.

(14) CARRESI, Franco, "Il contratto", en CICU, A., y MESSINEO, F. (dirs.), Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè Editore, 1987, vol. XXI, t. 2, p. 766, nro. 252; BIANCA, Massimo C., "Diritto Civile", Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. 3, p. 262, nro. 121; MESSINEO, Francesco, "Doctrina General del Contrato", EJE, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 355; ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 155, nro. 9; SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 148/149, nro. 2;

Sin embargo, un examen más profundo evidencia que el efecto jurídico común que está presente tanto en la oferta irrevocable como en el contrato de opción (ineficacia de la revocación) no alcanza para borrar las notables diferencias que hay entre una y otra figura.

Al respecto, cabe observar, ante todo, que la irrevocabilidad es un elemento ocasional en la oferta, pero es esencial en el contrato de opción **(15)**.

Asimismo, la oferta irrevocable es un negocio jurídico unilateral, mientras que el contrato de opción es bilateral. En efecto, la primera produce sus efectos por la simple declaración del sujeto, sin necesidad de que confluya la voluntad de otra parte para su formación. En cambio, el contrato de opción necesita del acuerdo, al menos, de dos partes para su nacimiento **(16)**. Dicho con otras palabras, la diferencia es neta en el sentido de que la oferta irrevocable es un acto unilateral, mientras que la opción es un contrato **(17)**, esto es, un acto bilateral (preparatorio) instrumental a un contrato final **(18)**; y la naturaleza contractual de la opción comporta, en el plano de los efectos, que la declaración perma-

necesite firme no por un compromiso particular del concedente, sino por el principio general del carácter vinculante de los contratos (art. 959, Cód. Civ. Com.) **(19)**.

De otro lado, en el contrato de opción el derecho a optar del destinatario está consolidado y existe desde el mismo momento de la declaración común de voluntad que le da nacimiento (consentimiento de primer grado). El destinatario cuenta ya con un contrato perfecto (el de opción) del que deriva su derecho de optar; derecho este último que una vez ejercido determina una distinta declaración de voluntad (consentimiento de segundo grado) que permite configurar una nueva relación jurídica. En cambio, en la oferta irrevocable, incluso si es de una opción, no hay propuesta de un segundo contrato, sino que la aceptación de ella da directamente lugar al contrato definitivo. En otras palabras, si el destinatario de una oferta irrevocable la acepta dentro del plazo establecido de irrevocabilidad, dará lugar al nacimiento del contrato ofertado, al margen de los posibles intentos de revocación actuados por el oferente **(20)**. De tal suerte, si se produce una aceptación efectiva, lo cual es un derecho potestativo que la oferta atribuye al destinatario, aunque el oferente haya manifestado su voluntad de dejar ineficaz la oferta, existe contrato **(21)**. Es que en la oferta irrevocable el oferente queda unilateralmente obligado **(22)**, y si lo ofertado irrevocablemente es una opción la eficacia jurídica pertinente no está subordinada a una particular y especial aceptación por parte del destinatario quien, en su caso, dentro del plazo fijado, solo tiene que "ejercer la opción" ofertada para que la operación (no un contrato preliminar de opción) quede perfeccionado en los términos de los arts. 978, 980, 983 y conc. **(23)**, máxime si no hay previsión contractual referente a que notificada la opción deba seguirse la ejecución

(15) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit. p. 145, nro. 1; ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 155, nro. 9.

(16) MENÉNDEZ MATO, Juan C., "La oferta contractual", Aranzadi Editorial, Madrid, 1998, p. 199.

(17) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 262, nro. 121, texto y nota nro. 221; DI MAJO, Adolfo en la obra dirigida por BESSONE, Mario, "Istituzioni di Diritto Privato", G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 541, nro. 3; APARICIO, Juan M., "Contratos", Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 1, p. 323, nro. 316 y 317.

(18) FERNÁNDEZ, Leonardo F., "El plazo máximo de un año aplicable a los contratos preliminares de opción", LA LEY, 2015-E, 751, parágrafo 33. En el mismo sentido: DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Civitas, Madrid, 1996, vol. I [Introducción - Teoría del Contrato], p. 343, nro. 71; MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., ps. 197/198; ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 155, nro. 9. Cabe observar que el contrato de opción también puede nacer de un negocio plurilateral, v.gr. cuando se confiere el derecho de opción a varios sujetos para que actúen conjuntamente (conf. ALPA, Guido y MARICONDA, Vincenzo, "Codice dei Contratti Commentato", Wolters Kluwer, 2017, p. 56, nro. 1), hipótesis en la que se aplicarán supletoriamente las normas de los contratos bilaterales (art. 966, segundo párr., Cód. Civ. Com.).

(19) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 262, nro. 121.

(20) MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., p. 190.

(21) DIEZ PICAZO, Luis, ob. cit., t. I, p. 296.

(22) GOLDENBERG, Isidoro, "La voluntad unilateral", Ed. Platense, La Plata, 1975, ps. 83 y ss., 145 y ss.

(23) FERNÁNDEZ, Leonardo F., ob. cit., loc. cit., parágrafos 26 y 30; véase también: CARRESI, Franco, ob. cit., t. 2, ps. 764/768, nro. 252.

de ninguna obligación de hacer como es propio del contrato preliminar de opción **(24)**, sino de obligaciones de dar cosas y sumas de dinero, esto es, respectivamente, transferir el activo subyacente **(25)**.

Entre oferta irrevocable y contrato de opción hay también diferencias temporales.

La oferta puede ser emitida por plazo determinado o tiempo indeterminado **(26)** y en ambos casos concebida como irrevocable. En cambio, con relación al contrato de opción juega una solución especial, aunque no exenta de críticas. En efecto, el art. 994, segundo párr., Cód. Civ. Com., establece que el plazo de vigencia de las promesas previstas en la sección en que dicho precepto se inserta, esto es, la promesa de celebrar un contrato (art. 995) y el contrato de opción (art. 996), tienen un plazo de vigencia de un año o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

Puede entenderse y acaso justificarse que se ponga un límite temporal a un contrato que compromete un consentimiento futuro, el cual en el supuesto del contrato de opción habría de juzgarse incluso recaudo esencial, ya que opera no solo como requisito de ejercicio del derecho del optionario, sino también como condición de existencia del negocio **(27)**.

Ahora bien, en el derecho italiano la ausencia en el contrato de opción de un plazo de duración conduce a que el juez lo defina **(28)**. Empero, el legislador argentino se ha inclinado por evi-

tar tal actuación jurisdiccional fijando un plazo máximo de un año, si las partes no pactaron uno menor (cit. art. 994, segundo párrafo); solución que es cuanto menos opinable pues, en otros escenarios, el Cód. Civ. y Com. habilita el juez para fijar el vencimiento de plazos indeterminados (arts. 871, inc. d] y 887, inc. b]) y aun aspectos significativamente más complejos como es el precio del contrato (art. 1134). A todo evento, tal como está redactado, el segundo párrafo del art. 994 es, en parte, una norma supletoria de la voluntad de las partes y, en otra, tiene carácter imperativo. Lo es en el primer sentido porque, de no acordar los contratantes un plazo menor, el contrato de opción tendrá una duración de un año; pero a la vez es norma imperativa porque el plazo de un año no puede excederse (es un plazo máximo) y si quieren las partes extender más allá de ello la duración del negocio, deberán renovarlo **(29)**. La renovación indicada puede ser expresa, pero podría admitírsela tácita si resulta de actos concluyentes de las partes, no pudiendo en su caso entenderse mayor a un año. Se trata de un plazo de caducidad **(30)** que, por tanto, no admite que su curso se suspenda o interrumpa, sino que solo está sujeto al acto impeditivo constituido por el ejercicio de la opción por la aceptación del contrato definitivo **(31)**.

262/263, nro. 121; ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 157, nro. 8; SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 152/153, nro. 3.

(29) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), "Tratado de Derecho Civil y Comercial", Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 236.

(30) La configuración del plazo para optar como de "caducidad" es aceptada en el derecho comparado; véase por todos: SANTOS BRIZ, Jaime, ob. cit., p. 124, nro. 7.

(31) Un sector de la doctrina ha criticado lo previsto por el segundo párr. del art. 994 señalando que la fijación de un plazo legal de un año es irrazonable pues limita la eficacia práctica de los negocios, siendo preferible dejar el tema librado a la autonomía de la voluntad (conf. SERRANO REDONNET, Diego M., "Imposición de plazos máximos para el contrato de opción y el pacto de preferencia en el nuevo Código", LA LEY, 2015-D, 801). También se ha criticado la brevedad del plazo establecido (conf. RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial Comentado", Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 482). A la luz de este último entendimiento, el art. 67 del Anteproyecto de reformas redactado por los doctores Julio C. Rivera, Ramón D. Pizarro y Diego Botana (comisión designada por el dec. del PEN 182/2018) ha propuesto la derogación del segundo párrafo del art. 994. Se lee en los Fundamentos del cita-

(24) Arg. art. 995, Cód. Civ. y Com.; FERNÁNDEZ, Leonardo F., ob. cit., loc. cit., parágrafos 41 a 43.

(25) GAYOL, P., "Contrato de opción y opción de concluir un contrato", LA LEY, 2015-D, 1034.

(26) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), "Tratado de Derecho Civil y Comercial", Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IV, ps. 134/135.

(27) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Civitas, Madrid, 1996, vol. I [Introducción - Teoría del Contrato], p. 346, nro. 74. Es inconcebible una opción que no tuviera un plazo dentro del cual ejercitar el derecho, afirma MAYO, Jorge A., "La opción como supuesto singular en la formación del contrato - su regulación en el proyecto de Código Civil", ED 183-1508, capítulo XII.

(28) Cód. Civil italiano de 1942, art. 1331, segundo párr.; conf. BIANCA, C., MASSIMO, ob. cit., t. 3, ps.

La disciplina del contrato de opción plantea otros aspectos que es preciso enumerar.

Veamos.

a) Es contrato consensual y sinalagmático imperfecto (32). Lo es en el primer sentido, porque el contrato de opción es el fruto de una oferta y una aceptación precedentes (33). Es sinalagmático imperfecto porque, en principio, no engendra obligaciones más que de un lado, sin perjuicio de ser fuente indirecta y ocasión de obligaciones que nazcan ulterior y consecuentemente por el otro lado, a cargo de la otra parte (34).

b) Del indicado carácter consensual derivan puros efectos personales y no reales (35).

En tal sentido, el otorgamiento de la opción no determina ningún efecto real (transferencia

de Anteproyecto lo siguiente: "...El plazo de un año como máximo de vigencia de los contratos preliminares es una solución atípica, en tanto no se encontraba en ninguno de los proyectos de reforma total o parcial del Cód. Civil de 1869, ni es reconocido en el derecho comparado. En la práctica las opciones y otros contratos preliminares se entienden por términos que pueden ser mucho más extensos; de modo que la limitación legal se ha convertido en un serio escollo de las negociaciones. La doctrina ha propuesto unánimemente la derogación de este plazo...". La supresión del segundo párrafo referido es acertada en cuanto privilegia el ejercicio de la autonomía de la voluntad, desde que, ciertamente, lo atinente a la fijación del plazo es congruente con el principio de autorregulación de las partes de sus propios intereses, máxime con relación a figuras —como lo es el contrato de opción— cuya naturaleza contractual es innegable. Sin embargo, la supresión, sin más, no brinda solución a los casos de ausencia de plazo. Para esta última hipótesis debería prevalecer la actuación judicial, tal como está autorizado por el derecho italiano.

(32) SANTOS BRIZ, Jaime, ob. cit., ps. 120 y 123, nro. 7.

(33) MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., p. 111.

(34) PLANIOL, M. y RIPERT, G., "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Cultural SA, La Habana, 1946, t. 6 [primera parte], ps. 46/47, nro. 35; JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil", EJEA, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, p. 25, nro. 24.

(35) Sobre la clasificación de contratos consensuales con efectos personales y con efectos reales, véase: López de Zavalía, Fernando, "Teoría de los Contratos - Parte General", Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, p. 67.

de derecho real) (36). Dicho de otro modo, mientras dure el derecho de opción no se produce transmisión alguna de propiedad o de derecho sobre la cosa objeto del contrato definitivo al que se refiere la opción (37), lo cual es particularmente señalado por los autores franceses con relación a la promesa unilateral de venta —como acto jurídico generador de un derecho de opción a favor del comprador— en atención al especial sistema de la legislación gala según el cual el mero consentimiento produce la transmisión real de la cosa enajenada (38).

En consecuencia, los frutos de la cosa objeto de la opción pertenecen al concedente, pues continúa siendo su propietario, y los riesgos de esta corren a su cargo (39).

c) El contrato de opción es un contrato principal y no mera cláusula de otro contrato. Su objeto es conceder la opción (40).

Por lo tanto, la cláusula puesta en un contrato definitivo por la cual se da derecho a una de las partes a optar por su renovación no da cuenta de un contrato de opción distinto del definitivo en el que tal cláusula se inserta. Por el contrario, el contrato definitivo es unitario y la cláusula de renovación no es propiamente un contrato de

(36) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 149/150, nro. 2; SANTOS BRIZ, Jaime, ob. cit., p. 123, nro. 7.

(37) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 360.

(38) GAUDEMET, Eugène; DESBOIS, Henri y GAUDEMET, Jean, "Théorie Générale des Obligations", Sirey, Paris, 1965, p. 267; MAZEAUD, Henri y LEÓN-MAZEAUD, Jean, "Leçon de Droit Civil", Éditions Montchrestien, Paris, 1974, t. 3, vol. II, p. 57, nro. 793; MALAURIE, Phillippe; AYNÈS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves, "Les contrats spéciaux", Defrénois - Lextenso Éditions, Paris, 2012, p. 76, nro. 119.

(39) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 360.

(40) SANTOS BRIZ, Jaime, ob. cit., p. 119, nro. 7. La consideración —equivocada— del contrato de opción como una cláusula acoplada a un contrato perfecto o a una promesa de contrato o precontrato, fue sostenida por BADENES GASSET, Ramón, "El contrato de compraventa", Librería Bosch, Barcelona, 1979, t. I, p. 73, nro. 9.

opción, sino simple establecimiento de una posible prorrogabilidad **(41)**.

d) No puede identificarse el contrato de opción (art. 996) con la promesa de celebrar un contrato (art. 995) en cuanto por esta última el contratante puede exigir judicialmente el cumplimiento del contrato.

En tal sentido, se debe excluir que la opción pueda ser objeto de una ejecución coactiva en forma específica, en el sentido del art. 730, incs. a) y b), Cód. Civ. Com. **(42)**.

e) Se plantea el problema referente a cuáles contratos puede acceder el de opción.

Las hipótesis más frecuentes son, obviamente, los contratos de compraventa y mutuo, pero no puede dudarse que el contrato de opción puede acceder —como preliminar— a cualquier otro contrato en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en aras a la satisfacción de sus intereses **(43)**.

f) Pueden ser concebidos contratos de opción como contratos bilaterales preliminares o preparatorios **(44)**. En tal sentido, la amplia dicción del art. 996, Cód. Civ. y Com., permite lo propio e, incluso, más allá de su letra también es posible pensar en la posibilidad de un preliminar de un contrato de opción **(45)**.

g) No constituye el contrato de opción un contrato bajo condición suspensiva. Es evidente

(41) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 153/154, nro. 4

(42) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 151, nro. 2 y su cita del art. 2932 del Cód. Civil italiano de 1942.

(43) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 153, nro. 4; ALPA, Guido y MARICONDA, Vincenzo, ob. cit., p. 58, nro. 7.

(44) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 154, nro. 4; ALPA, Guido y MARICONDA, Vincenzo, ob. cit., p. 58, nro. 8.

(45) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 154, nro. 4, texto y nota nro. 5; ALPA, Guido y MARICONDA, Vincenzo, ob. cit., p. 58, nro. 7; CNCom., Sala D, 03/05/2018, "Verdena Holdigng Inc. c. Capelli, Juan Carlos s/ ordinario".

que el contrato de opción es un contrato de vigencia actual y no condicionado como tal **(46)**.

h) La capacidad exigida a las partes es la misma que la requerida para el contrato definitivo.

i) La oferta del contrato de opción contiene, al mismo tiempo, la oferta del contrato definitivo **(47)**. Pero tal particularidad es asumida por las legislaciones de modo diferente.

Entre nosotros, el contrato de opción, para ser tal, debe contener los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo (art. 994, primer párrafo, Cód. Civ. Com.).

Empero, tal solución se aparta de la propiciada en el derecho italiano, según el cual la configuración del contrato de opción queda excluida cuando la propuesta contenga solo los elementos esenciales, ya que es preciso que reproduzca la entera reglamentación contractual del contrato futuro definitivo de modo que el titular de la opción pueda determinar la conclusión de este último con su sola declaración de aceptación de la opción, sin necesidad de ulteriores declaraciones del concedente **(48)**. En tal sentido, se dice, el contrato de opción determina el completo contenido de la relación final que es objeto del acuerdo entre las partes **(49)**.

La misma respuesta es aceptada por la doctrina española al decir que la oferta del contrato de opción debe ser completa, en el sentido de que el elemento objetivo de la "oferta del contrato de opción" y la "oferta del contrato definitivo" han de ser coincidentes **(50)**.

La diferente respuesta del derecho nacional (que exige la concreción en el contrato de opción de solo los elementos esenciales particulares del contrato definitivo y no su entera

(46) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 358.

(47) MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., p. 111.

(48) GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 145, nro. 38; ALPA, Guido y MARICONDA, Vincenzo, ob. cit., p. 59, nro. 8.

(49) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 263, nro. 121.

(50) MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., p. 112.

regulación) parece, en su flexibilidad, más acertada que la aceptada en el derecho italiano y español, toda vez que, por ejemplo, permite en el caso de opción de venta que la aceptación del optionario sea idónea para perfeccionar el contrato definitivo no solo cuando el precio ya se ha determinado en el contrato de opción, sino también cuando sea determinable de acuerdo a lo previsto por los arts. 1133 y 1134, Cód. Civ. Com.

j) En pendencia del contrato, la posición del optionario es, de acuerdo con la doctrina dominante, la de ser titular de un “derecho potestativo” entre aceptar o no la opción (51); pero se ha controvertido esa calificación —bien que minoritariamente— por quienes niegan que los llamados derechos potestativos configuren una categoría general, interpretando por ello presente una mera facultad (52).

Como derivación del carácter potestativo de su derecho, no está el optionario obligado a emitir una declaración de consenso; y del lado del concedente hay una posición de sujeción respecto del poder del optionario, pero sin que ello llegue al extremo de que sobre este último pese, entretanto la opción por la aceptación no se ejerza, una especial actividad de preparación del contrato definitivo, incumbiendo a él únicamente una obligación negativa (deber de no hacer) a la cual se hará referencia más adelante (véase *infra* punto “p”) (53). A todo evento, el desequilibrio que supone lo anterior se compensa mediante la asignación de un “premio” en favor del concedente (véase *infra* punto “l”) (54).

k) Mientras se halle pendiente el derecho de opción, se produce una situación interina, que durará hasta que el optante decida hacer valor su derecho potestativo, o hasta que haya trans-

currido el término de la opción sin ejercerla, o antes de agotado el plazo si el optante ha desistido de la opción, renunciándola (55).

l) Aun antes e independientemente de que el optionario ejerza su derecho potestativo, puede el contrato de opción producir algunos efectos, como, por ejemplo, la obligación de pagar al concedente un premio (56). El premio es el contravalor de la utilidad que al optionario le da la irrevocabilidad asumida por el concedente (57).

Pactándose un premio, la opción se considera un contrato oneroso con prestaciones correspondientes del tipo *do ut facias* (58).

El importe del premio puede o no contarse en el precio o contraprestación del contrato definitivo (59).

m) El contrato de opción puede concebirse como gratuito. Se entiende por tal aquel en el que no se pactó premio a pagar por el optionario (60). Pero ha de advertirse que se trata de una hipótesis completamente extraordinaria pues, como se ha advertido, nadie concede gratuitamente a otro una opción (61).

Cuando la opción es gratuita su distinción con la oferta irrevocable parece desdibujarse; sin embargo, aun así, las figuras se diferencian de acuerdo con lo expuesto más arriba (62).

Por lo demás, la gratuidad será, muchas veces, un concepto puramente jurídico y no eco-

(55) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 360.

(56) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 149, nro. 2.

(57) GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 145, nro. 38.

(58) CARRESI, Franco, ob. cit., t. 2, p. 765, nro. 252.

(59) LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, ob. cit., t. I, vol. II, p. 388.

(60) LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, ob. cit., t. I, vol. II, p. 388.

(61) LORDI, Luigi, "Istituzioni di Diritto Coimmerciale", CEDAM, Padova, 1943, vol. I, p. 94, nro. 29.

(62) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 265, nro. 121, en CARRESI, Franco, Mayores reflexiones, t. 2, ps. 766 y 767, nro. 252.

(51) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 157, nro. 10; ALPA, Guido y MARICONDA, Vincenzo, ob. cit., p. 56, nro. 2; SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., p. 148, nro. 2; BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 264, nro. 121; DI MAJO, Adolfo en la obra dirigida por BESSONE, Mario, ob. cit., p. 541, nro. 3.

(52) DIEZ PICAZO, Luis, ob. cit., t. I, p. 344.

(53) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 264, nro. 121.

(54) MESSINEO, Francesco, "Doctrina General del Contrato", EJE, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 356

nómico, dados los gastos que podría afrontar el opcionario para decidir si hace o no uso de su derecho, v.gr. peritaciones, estudios de mercado, etc. **(63)**.

n) El contrato (final) al cual la concesión de la opción fue instrumentalmente preordenada se concluye si el opcionario ejercita su derecho potestativo, comunicando a la contraparte la declaración respectiva de aceptación.

Tal declaración de voluntad ha de ser notificada al concedente, dentro del plazo de vigencia de la opción **(64)**.

En tal sentido, el acto de ejercicio de la opción vale como aceptación de la propuesta ínsita (del contrato final o definitivo) contenida en aquella. Es acto recepticio y el contrato final se forma, según el esquema general, cuando la declaración respectiva llega a conocimiento del concedente; dicho sea ello sin perjuicio de observar que la opción da lugar a la formación de un contrato definitivo, no según un esquema oferta-aceptación, sino según un esquema particular de contrato de opción-ejercicio del poder de aceptación **(65)**.

ñ) Se admite generalmente que una aceptación no conforme con la opción propuesta no hace caer esta última, quedando abierta al opcionario la posibilidad de concluir el contrato con una aceptación conforme **(66)**.

Si el titular de la opción, en vez de aceptar pura y simplemente, formula una contrapropuesta, el mecanismo del contrato de opción no opera; pero el contrato se perfeccionará si el concedente acepta la contrapropuesta **(67)**.

(63) LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, ob. cit., t. I, vol. II, p. 388.

(64) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., ps. 361 y 362; LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, ob. cit., t. I, vol. II, p. 389.

(65) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 263, nro. 121; DI MAJO, Adolfo en la obra dirigida por BESSONE, Mario, ob. cit., p. 541, nro. 3.

(66) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., ps. 157/158, nro. 10; BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 263, nro. 121; DI MAJO, Adolfo en la obra dirigida por BESSONE, Mario, ob. cit., p. 542, nro. 3.

(67) GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 145, nro. 38.

o) La opción puede ser directa o mediatoria.

Hay de la primera especie (directa) cuando el concedente se compromete a concluir el contrato definitivo con el mismo optante. En cambio, hay opción mediatoria (o indirecta) cuando el concedente se compromete a concluir el contrato definitivo con un tercero designado por el optante, hipótesis que exige estipulación expresa en tal sentido pues, a falta de ella, no puede imponérsele al concedente otra persona distinta del optante como contratante, la cual podría ser insolvente o desleal **(68)**.

p) En cuanto a la formación del contrato final, el opcionario debe comportarse según la regla de la buena fe, sin que a ello obste el carácter potestativo de su derecho **(69)**.

El mismo deber de comportamiento acorde a la buena fe pesa sobre el concedente, bien que en el sentido de obligarse a no hacer nada que pueda frustrar la efectividad del contrato definitivo si el opcionario ejercita su derecho en tiempo propio **(70)**. En tal sentido, pesa sobre el concedente la obligación de no celebrar contratos incompatibles con terceros durante el plazo de vigencia de la opción **(71)**; por ejemplo, cuando la opción sea de compra, tal deber de comportamiento del concedente estriba en una obligación de abstención, consistente en no enajenar o gravar la cosa objeto de la opción, ni de conceder otra opción cuya efectividad pudiera provocar la frustración del contrato definitivo; su incumplimiento no determina la invalidez del acto de transmisión, pero hace responsable al concedente de los daños y perjuicios que le cause la inejecución de la apuntada obligación de no hacer **(72)**.

(68) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., ps. 358/359; SANTOS BRIZ, Jaime, ob. cit., p. 122, nro. 7.

(69) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 158, nro. 10.

(70) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, "Manuale di Diritto Privato", Giuffrè Editore, Milán, 2004, p. 498, nro. 314.

(71) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos...", ob. cit., t. I, p. 343, nro. 70; MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., p. 13.

(72) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., ps. 360 y 361.

q) La posición del concedente es de sujeción y está expuesto a soportar, sin poder rehusarse, los efectos determinados por la voluntad aceptante del optionario.

Como derivación de lo anterior, la posición del concedente implica a su cargo la voluntad de no dañar el interés, cuanto el derecho del optionario a la conclusión del contrato final.

Al respecto, se discute en orden a la naturaleza y consecuencias de la responsabilidad del concedente por incumplimiento de su obligación de no hacer y de no dañar el interés del optionario.

Una orientación afirma la presencia de una responsabilidad precontractual y limita el resarcimiento del daño al interés negativo, argumentando que ello es así pues el contrato final no ha sido concluido (73).

Para otra orientación, en cambio, el contrato de opción genera obligaciones contractuales en cuanto a salvaguardar el interés del optionario en orden al contrato definitivo, por lo que la violación de ellas genera una responsabilidad contractual (74), que abre cauce al resarcimiento del daño al interés positivo (75).

r) Concretada la opción por el optionario, el contrato definitivo se perfecciona y queda desde ese momento en estado de ser cumplido, surtiendo efectos a partir de la correspondiente fecha y no con retroacción a la del contrato de opción (76).

s) El contrato de opción no es transmisible a un tercero, salvo que así se lo estipule (art. 996, Cód. Civ. y Com.).

En otras palabras, la cesión del contrato es posible solo con el consentimiento del concedente.

(73) BIANCA, Massimo C., ob. cit., t. 3, p. 264, nro. 121; DI MAJO, Adolfo en la obra dirigida por BESSONE, Mario, ob. cit., p. 542, nro. 3.

(74) MENÉNDEZ MATO, Juan C., ob. cit., p. 114.

(75) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 158, nro. 10.

(76) ROCA SASTRE, Ramón M. y PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 361.

Tal consentimiento puede ser expreso como cuando la cesibilidad es prevista en el mismo contrato de opción, o puede ser implícito, por ejemplo, cuando se declare cesible el contrato final (77).

Se presenta un caso de cesión del contrato (78) o, mejor dicho, de cesión de la posición contractual, de la compleja posición jurídica que resulta del contrato de opción y del contrato que mediante este se prepara (art. 1636 y ss.) (79).

Por cierto, el derecho potestativo de optar puede ser cedido —independientemente del contrato— a un tercero con el consentimiento del concedente (80).

t) El derecho italiano no resuelve el problema de la forma del contrato de opción y ello ha provocado el debate de la doctrina (81). Entre nosotros, la cuestión es resuelta expresamente por el art. 996 en el sentido de que el contrato de opción debe observar la forma exigida para el contrato definitivo.

u) El instituto de la imprevisión (art. 1091, Cód. Civ. Com.) es aplicable a los contratos preliminares (82). En particular, se ha aceptado que mientras perdure la obligación del concedente de mantener irrevocablemente su oferta, esto es, mientras se encuentre pendiente la opción, es aplicable la resolución (o el reajuste) por excesiva onerosidad sobreviniente (83).

v) Se admite el ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores del optionario frente a su inacción en optar, y en el caso de que renun-

(77) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p. 159, nro. 10.

(78) LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, ob. cit., t. I, vol. II, p. 389.

(79) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos...", ob. cit., t. I, p. 347, nro. 75.

(80) Di Majo, Adolfo en la obra dirigida por Bessone, Mario, ob. cit., p. 542, nro. 3.

(81) Sobre tal debate véase: SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 147/148, nro. 2.

(82) PINO, Augusto, "La excesiva onerosidad de la prestación", J. Ma. Bosch Editor, Barcelona, 1959, p. 219.

(83) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 151/152, nro. 2.

ciase o enajenase su derecho de optar, si con ello causa daño a sus acreedores, el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana (84).

w) El contrato de opción queda extinguido cuando el opcionario haya decidido dar realidad al contrato definitivo, cuando ha renunciado a su derecho de opción o ha dejado transcurrir el plazo de un año sin optar (plazo de caducidad), por mutuo disenso o por los otros modos de extinguirse los contratos.

II. El contrato de opción sobre acciones de sociedad

El derecho de optar —no el contrato de opción— puede ser constatado en la ley 19.550 de Sociedades en varios escenarios: conversión de acciones ordinarias en acciones preferidas; conversión de capital en deuda según régimen de reducción voluntaria; conversión de acciones de un voto en acciones de voto plural; conversión de deuda en capital; etc. (85).

Empero, no hay en la ley 19.550 reglas específicas sobre el contrato de opción que tenga por objeto acciones de sociedad (activo subyacente), sea para su compra o para su venta.

Aparece, entonces, la necesidad de complementar el régimen societario con el del Cód. Civ. y Com.

Bajo tal perspectiva de complementación, el particular contrato de opción de que aquí se trata puede definirse como el acuerdo de voluntades por el cual una de las partes (concedente) atribuye a la otra (opcionario) el derecho de decidir sobre la compra (“opción de compra” o *call option*) o bien sobre la venta (“opción de venta” o *put option*) de acciones representativas del capital social de una sociedad, de suerte tal que el titular de la opción de compra goza del derecho de exigir del concedente la venta de una determinada cantidad de acciones conforme a las condiciones convenidas, mientras que el titular de una opción de venta tiene el derecho de exi-

gir del concedente la compra de un número de acciones determinado de acuerdo a las condiciones pactadas (86). En otras palabras, en las opciones sobre acciones societarias en la posición *put* el concedente de la opción queda obligado a comprar al precio pactado; en cambio, en la posición *call* a vender (87).

La operatoria puede desarrollarse en dos ámbitos: fuera del régimen legal del mercado de capitales con relación a las acciones no cotizadas y dentro de dicho mercado con referencia a acciones cotizadas.

El primer ámbito corresponde, en particular, a los contratos parasocietarios de opción sobre acciones (no cotizadas) que se rigen por las reglas del Cód. Civ. y Com. El segundo, a la negociación de contratos de opciones en el mercado de capitales donde el valor subyacente es, precisamente, acciones de sociedad (cotizadas); ámbito este último regido principalmente por la normativa especial dictada por las entidades reguladoras del mercado de capitales (art. 1429, Cód. Civ. Com.), sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de las normas del derecho privado de fondo en lo pertinente (88).

(86) GIL DEL MORAL, Francisco y MOREU SERRANO, Gerardo, "Los contratos de opción de compra y de venta sobre acciones: aspectos sustantivos, fiscales, contables y financieros", en la obra en la obra "Contratos sobre acciones", dirigida por F. Gil del Morral, G. Moreu Serrano y A. Pascual de Miguel, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1994, p. 497.

(87) VAN THIENEN, Pablo y DI CHIAZZA, Iván, ob. cit., p. 67, esp. p. 73; GIOVENCO, Arturo C., "Las opciones en la transferencia de acciones", LA LEY, 2007-E, 1262, cap. II; GALGANO, Franceso, ob. cit., p. 146, nro. 38; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (dir.), "Contratos Mercantiles", Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2017, t. I, p. 1617; FILIPPI, Laura, "El derecho de opción: una nueva concepción en materia de títulos-valores", en FAVIER DUBOIS, E. y SANDLER, M., (dirs.), "Negocios sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 284. CNCom. Sala D, 03/05/2018, "Verdena Holdigng Inc. c. Capelli, Juan Carlos s/ ordinario".

(88) La negociación fuera del mercado de capitales (extrabursátil) de acciones cotizadas se rige lógicamente por las normas del Cód. Civ. y Com., sin perjuicio de la comunicación "a posteriori" al órgano rector del correspondiente mercado secundario. En este sentido: PRENDES CARRIL, Pedro, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y

(84) CARRESI, Franco ob. cit., t. 2, p. 766, nro. 252.

(85) VAN THIENEN, Pablo y DI CHIAZZA, Iván, "El contrato de opción de acciones", en la obra "Acciones & Cuotas - Negocios Jurídicos Complejos", CEDEF, Buenos Aires, 2011, ps. 72/73.

Varios aspectos, propios de la materia, imponen especiales consideraciones.

Veamos.

a) Por aplicación de los principios generales ya mencionados, encontrándose vigente el plazo dentro del cual el optionario puede ejercer su derecho potestativo de exigir la venta o la compra, la obligación de no hacer que pesa sobre el concedente en orden a no dañar el interés de aquel, se traduce en la imposibilidad que tiene de enajenar las acciones, gravarlas o conceder una nueva opción sobre ellas; y si incumple el acto será eficaz respecto del tercero de buena fe, pero coloca al concedente en el deber de reparar los daños y perjuicios sufridos por el optionario **(89)**.

b) La apuntada obligación de no dañar el interés del optionario en tanto posible futuro accionista, determina también que el concedente deba proteger ese interés si aparece la posibilidad, mientras corre el plazo previsto para ejercer la opción, de ejercicio del derecho de suscripción preferente.

En otras palabras, pesa sobre el concedente la obligación no solo de procurar que tal derecho de preferente suscripción no se vea perjudicado por acuerdos sociales adoptados con posterioridad al contrato de opción, sino también si hubiese un aumento de capital durante el plazo de vigencia del contrato de opción que abre la posibilidad de suscribir preferentemente las acciones nuevas emitidas, la de suscribir —salvo pacto en contrario— el número proporcional de acciones que correspondan a las sometidas a opción, lo cual se justifica en el derecho que tiene el accionista de mantener constante su participación proporcional en el capital social suscrito **(90)**.

GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso y CABANAS TREJO, Ricardo (dirs.), "Tratado de Sociedades de Capital", Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2017, t. I, 698.

(89) GIL DEL MORAL, Francisco y MOREU SERRANO, Gerardo, ob. cit., p. 499, nro. 2.

(90) GIL DEL MORAL, Francisco y MOREU SERRANO, Gerardo, ob. cit., p. 500, nro. 3. En rigor, una opción de adquisición legalmente prevista a favor del accionista es, precisamente, el caso de emisión de nuevas acciones por aumento de capital (conf. ROPPO, Vincenzo, ob. cit., p.

c) La dinámica societaria puede, de otro lado, conducir a una reducción del capital. En tal supuesto, el concedente de la opción cumplirá el contrato principal transmitiendo las acciones que conservase, puesto que transmite el porcentaje de capital social comprometido en el contrato de opción **(91)**.

d) El cambio de la valoración del activo subyacente (las acciones) durante el plazo de vigencia de la opción genera interrogantes: ¿puede cuestionarse el precio pactado para el futuro contrato definitivo cuando el valor de las acciones se ha modificado?, ¿el mantenimiento del precio pactado sin un ajuste por razón del cambio de valoración del activo subyacente es algo contrario al art. 13, inc. 5°, de la ley 19.550?, ¿puede jugar en la especie la resolución o el reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente?

d.1) Fuera del ámbito del mercado de capitales, siempre el precio de compra de las acciones fijado en el contrato de opción se entiende como relacionado al porcentaje del capital social sometido a opción. Por ello, si en el contrato de opción se hubiese convenido el precio por acción y durante la vigencia del derecho del optionario se hubiesen adoptado acuerdos sociales que supongan alteración de las condiciones existentes al tiempo de formalizarse la opción, el optionario tendrá derecho a solicitar y obtener una corrección del precio unitario por acción en base a las modificaciones producidas **(92)**.

Bien se ve, en el caso precedentemente indicado la posibilidad de obtener la corrección del precio viene justificada porque la alteración del valor del activo subyacente es la consecuencia de decisiones propias de la sociedad, es decir, causas intrínsecas a ella, con relación a las cuales el concedente no podría invocar ajenidad.

159, nro. 10). En la ley 19.550 el derecho de suscripción preferente está regulado en el art. 194 y la posibilidad de su limitación por decisión de la asamblea por el art. 197. Sobre el tema, véase por todos: ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, ps. 492/496 y 523/530.

(91) GIL DEL MORAL, Francisco y MOREU SERRANO, Gerardo, ob. cit., p. 501, nro. 3.

(92) GIL DEL MORAL, Francisco y MOREU SERRANO, Gerardo, ob. cit., p. 501, nro. 3.

d.2) En cambio, cuando la alteración del valor del activo subyacente es por causa ajena o extrínseca a la sociedad y a las partes que debe entenderse inherente al riesgo normal y propio de este tipo de negocio, la modificación del precio no resulta admisible.

Al respecto, bien se ha dicho que el titular de un *call* tendrá suficientes incentivos para ejercer la opción si a la fecha de ejercicio el precio pactado es igual o inferior al valor real. Inversamente, el titular de un *put* tendrá suficientes incentivos para ejercer su opción si a la fecha de ejercicio el precio pactado es igual o superior al valor real. Es precisamente esta incertidumbre entre precio y valor real lo que incentiva a celebrar los contratos de opción, asumiendo el concedente el riesgo de perder comprando un activo por un precio superior al valor real (si concedió un *put*), o vendiendo por un precio inferior (si concedió un *call*). Fijar el precio en el contrato de opción postergando la decisión de comprar o vender implica asumir el riesgo de que el precio pactado no refleje el valor real (93). Y ello es un riesgo normal y propio del negocio de que se trata.

No es ocioso recordar, a esta altura, que siendo que el precio de transferencia de acciones de sociedades que no cotizan comúnmente se determina por la oferta y demanda, los errores de apreciación de su *quantum* (subjetivo) corren el riesgo propio de toda operación económica acerca del presumible valor de la cosa y, por lo tanto, salvo el caso de vicio del consentimiento, están exentos de ulteriores reclamos (94).

No se opone a lo expuesto la letra del art. 13, inc. 5°, de la ley 19.550. El ámbito objetivo propio de esta norma se relaciona al instrumento de

(93) VAN THIENEN, Pablo y DI CHIAZZA, Iván, ob. cit., ps. 74/76.

(94) GARCÍA TEJERINA, N., "Compraventa de acciones", ED, t. 116, p. 945; en el mismo sentido: FRÈ, Giancarlo, "Società per azioni", en SCIALOJA, A. y BRANCA, G., "Commentario del Codice Civile", Nicola Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1956, p. 207; CNCom. Sala D, 09/02/1996, "Romeo, Ernesto y otros c. Loubes, Alejandro A.", voto del juez Alberti; CNCom. Sala D, 24/10/2017, "Kloster, Serafina Nélida c. Cavallaro, Bruno Salvador y otros s/ ordinario".

constitución de la sociedad (95), estableciendo una nulidad parcial de este (96), en cuanto declara la invalidez de la cláusula contenida en el contrato social que pudiera permitir la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva (97). En otras palabras, no se refiere el precepto al precio convenido en un contrato de opción (negocio extrasocietario) cuyo ámbito subjetivo, a todo evento, no solo aprehende el caso de la opción sobre acciones de un socio conferida a otro, sino también el de la opción conferida en favor de un tercero con relación al cual, obviamente, nada podría predicar el citado art. 13, inc. 5°, de la ley societaria (98).

d.3) Consideración autónoma merece el caso del precio afectado por excesiva onerosidad sobreviniente en la opción sobre acciones concertada según lo previsto por el art. 996 Cód. Civ. Cod.

Ya fue señalado que el instituto de la imprevisión (art. 1091, Cód. Civ. Com.) es aplicable a los contratos preliminares y que cabe aceptar que mientras perdure la obligación del concedente de mantener irrevocablemente su oferta, esto es, mientras se encuentre pendiente la opción, es aplicable el remedio resolutivo (o de reajuste) por causa de excesiva onerosidad sobreviniente. Al respecto, Scognamiglio critica una decisión de la Casación Italiana que sostuvo la improcedencia de aplicar el referido instituto antes de la aceptación del opcionario; observa, en tal sentido, que la resolución por excesiva onerosidad del contrato de opción es admisible como tal y no como referida al contrato definitivo (todavía no constituido por la aceptación de la opción),

(95) ZALDÍVAR, Enrique y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 100.

(96) OTAEGUI, Julio, "Invalidez de actos societarios", Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 329 y ss.

(97) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Régimen Societario", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 364 y ss.

(98) En igual sentido, aunque con otros fundamentos, se pronuncian VAN THIENEN, Pablo y DI CHIAZZA, Iván, ob. cit., ps. 80/83. En contra, validando la operatividad en la materia del art. 13, inc. 5°, de la ley 19.550, se pronuncia: GIOVENCO, Arturo C., ob. cit., LA LEY, 2007-E, 1262, cap. VI-a.

justificándose ella en que si solo se admitiese la operatividad del indicado remedio contractual para después de producida la aceptación por el opcionario, podría este último verse estimulado a aceptar una opción para el ventajosa, pero sucesivamente expuesto a la resolución por excesiva onerosidad del contrato definitivo, solución que no responde a la lógica jurídica (99).

Admitida, pues, la operatividad del instituto de la imprevisión con relación al contrato de opción en general, nada impide aceptar lo propio cuando se trate, en especial, de una opción sobre acciones resultante del contrato previsto por el art. 996, Cód. Civ. Com., no solo para llegar a la resolución total o parcial sino también a la adecuación del precio afectado por excesiva onerosidad (100).

La hipótesis, bien se ve, se diferencia de la anterior en razón de la ponderación del riesgo contractual implicado. En efecto, si —tal como se ha dicho— la incertidumbre entre precio y valor real es lo que incentiva a celebrar los contratos de opción, debiendo asumir el concedente el riesgo de perder comprando acciones por un precio superior al valor real o vendiéndolas por un precio inferior, y por eso mismo ningún reclamo puede ser admitido fundado en la alteración de los valores porque ese es el riesgo propio de tal particular negocio y que debe ser asumido, lo cierto es que, en rigor, esto último tiene el límite, precisamente, del riesgo normal o sea el que es previsible. Cuando por el contrario el riesgo contractual es imprevisible el remedio regulado por el citado art. 1091 viene a recomponer la justicia conmutativa afectada. Es que un riesgo que no pudo conocerse o anticiparse —se ha dicho con razón— no es susceptible de ser asumido y sostener lo contrario equivaldría a admitir una ficción: la de prever lo imprevisible (101).

Por cierto, la mirada que se haga del problema no debe prescindir del hecho de que el ele-

mento objetivo de la previsibilidad del riesgo asume diferente connotación según quien sea el sujeto. En tal sentido, no es lo mismo que la imprevisibilidad la invoque un comerciante o un consumidor. En el primer caso, la imprevisibilidad del riesgo contractual debe ponderarse atendiendo al modelo mercantilista del “buen hombre de negocios” (arts. 1483 inc. b. y 1674 del Cód. Civ. y Com.; art. 59 de la ley 19.550), que exige una diligencia propia, particular de la profesión que se ejercita y del negocio de que se trata, de carácter técnico, precisamente porque se refiere a la industria o al comercio que se desempeña y que, en su caso, también se determina según la especie del negocio; en el segundo caso, en cambio, si el planteo lo hace un consumidor, resulta claro que el elemento subjetivo de la imprevisibilidad habrá de valorarse según un modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia), esto es, según lo que sea exigible a un hombre medio o común, diligente (102).

d.4) El cambio de la valoración del activo subyacente durante el plazo de vigencia de la opción y su relación con el precio pactado, tiene un especial tratamiento cuando el negocio tiene lugar en el mercado de valores, esto es, cuando se implican acciones cotizadas.

Al respecto, cabe recordar que en el derecho comparado se aceptan dos modalidades de opciones. De acuerdo con la primera, denominada “europea” el opcionario puede ejercer su derecho de comprar (*call*) o vender (*put*) en la fecha de vencimiento pactada. En cambio, en la modalidad denominada “americana” la opción puede ser ejercida en cualquier fecha antes del vencimiento (103). Por lo que toca a nuestro medio, la modalidad operativa adoptada por Bolsas y Mercados Argentinos S.A. (“ByMA”) (104) es

(102) Sobre el tema, más extensamente: Heredia, Pablo D., “Imprevisión y excesiva onerosidad sobreviniente en las relaciones comerciales”, RCCyC, nro. 9, año 2019, p. 13 y ss.

(103) Ambas modalidades son operativas, por ejemplo, en la legislación española (conf. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (dir.), ob. cit., t. I, ps. 1617/1618).

(104) Entidad continuadora de la actividad del Mercado de Valores de Buenos Aires SA, con la particularidad que en su constitución se incorporó a la Bolsa de Comercio de Buenos Aires como accionista.

(99) SCOGNAMIGLIO, Renato, ob. cit., ps. 151/152, nro. 2.

(100) VAN THIENEN, Pablo y DI CHIAZZA, Iván, ob. cit., p. 104.

(101) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Justicia contractual”, EDIAR, Buenos Aires, 1978, p. 215, nro. 6.

la denominada como “americana”, es decir, las opciones pueden ser ejercidas en cualquier momento hasta antes de su vencimiento.

La entidad ByMA ha reglamentado la operativa con alcance más amplio, comprensivo no solo de acciones sino también de valores negociables en general, mediante la Circular N° 3521 del 31/01/2017 titulada “Opciones sobre Valores Negociables” (modificada por la Circular N° 3562) (105). De acuerdo con tal instrumento, la opción es un contrato por el cual el lanzador (vendedor) por una determinada cantidad de dinero denominada “prima”, otorga al titular (comprador) el derecho a exigir a un lanzador dentro de un período determinado de tiempo, la compra o venta de una cierta cantidad de valores negociables (lote), a un precio fijo predeterminado llamado “precio de ejercicio” (art. 1°).

Dicha circular denomina “Lanzador cubierto” al sujeto que se obliga a cumplir con el derecho que la opción otorga al titular, depositando como garantía el activo subyacente —esta figura solo es aplicable a las opciones de compra— (art. 2.4); “Lanzador descubierto” al sujeto que se obliga a cumplir con el derecho que la opción otorga al titular, sin depositar el activo subyacente —esta figura es aplicable optativamente a las opciones de compra e indefectiblemente

a las opciones de venta— (art. 2.5); “Titular” al sujeto que adquiere el derecho que otorga la opción y por lo tanto el único que la puede ejercer (art. 2.6); “Prima” al precio que paga el titular por el derecho que adquiere (art. 2.7); “Lote” a la cantidad predeterminada de activos subyacentes objeto de la negociación (art. 2.8); “Ejercicio” al acto formal por el cual el titular hace uso del derecho adquirido, dando origen a una operación de contado (art. 2.9); “Precio de ejercicio” al precio al cual el titular tendrá el derecho de comprar o vender cada uno de los activos subyacentes que integran el lote objeto de la opción (art. 2.10); “Fecha de vencimiento” a la fecha en que expira la opción (art. 2.11); y “Serie” al conjunto integrado por el activo subyacente, la condición de compra o venta de la opción, el precio de ejercicio y la fecha de vencimiento (art. 2.12) (106).

Pues bien, por lo que aquí interesa, es importante observar que la Circular N° 3521 admite que, si durante la vida de los contratos se produce en el activo subyacente ajustes, el precio de ejercicio o el nominal del contrato, o ambos, se ajustará con el fin de, mantener el valor económico lo más próximo posible al que fuera, antes de la fecha de estos (art. 6°). Esta solución, valga observarlo, tiene idéntico correlato en el derecho español, con relación al cual específicamente se reconoce que cuando el activo subyacente son acciones societarias, el referido ajuste tiene lugar cuando en la sociedad emisora se producen determinadas operaciones como son el aumento o la reducción del capital, y la finalidad no es otra que conservar el valor económico de los contratos lo más próximo posible al que fuera antes de la fecha de tales operaciones (107).

e) En la materia se reconocen opciones más complejas que las usuales de *call* y *put*, entre las cuales destacan: 1) el *straddle*, que es una combinación de un *put* y un *call* sobre las mismas acciones, con el mismo precio de ejercicio

(105) Las “Normas de la Comisión Nacional de Valores” (edición 2013) habían precisado que las operaciones de opciones directas son aquéllas en las que: a) El comprador o titular de la opción adquiere, a un precio denominado prima, el derecho —que podrá ejercer a una o hasta una fecha determinada de expiración de tal derecho— a comprar (opción de compra o call) o a vender (opción de venta o put) una determinada cantidad de un valor negociable subyacente a un determinado precio de ejercicio de tal derecho; b) El vendedor o lanzador de la opción, mediante el cobro de la prima, asume —a una o hasta una fecha determinada de expiración— la obligación de vender (opción de compra o call) o comprar (opción de venta o put) la cantidad del valor negociable y al precio a los que tiene derecho el titular de la opción si éste ejerce su derecho; c) La cantidad mínima de valores negociables que tiene derecho a comprar o a vender el titular de la opción, y que tiene obligación de vender o comprar el lanzador si es ejercida la opción, integra un lote de negociación; d) El precio del derecho o prima se expresa sobre la misma base de expresión del precio del valor negociable subyacente y deberá referirse a una serie; y e) Una serie quedará definida por el tipo de opción (de compra o de venta), el valor negociable subyacente, y un precio de ejercicio y vencimiento determinados.

(106) Todos los contratos cuyo activo sean acciones de una misma sociedad forman una “clase” de contrato y dentro de cada “clase” existirán varias series, en las que coincide la fecha y el precio de ejercicio (conf. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto [director], ob. cit., t. I, ps. 1617/1618).

(107) BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (dir.), ob. cit., t. I, p. 1618.

y fecha de expiración; 2) el *strip*, que es la combinación de un *call* y dos *put* y por el cual el comprador arriesga a que el precio de la acción se diferenciará de su precio de ejercicio con más probabilidad a la baja que al alza; 3) el *strap*, que es la combinación de dos *call* y un *put* sobre las mismas acciones, al mismo precio de ejercicio y a la misma fecha de expiración; 4) el *spread*, que es una opción con un *put* y un *call*, pero con la diferencia de que el precio de ejercicio del *put* y *call* está especificado en una cuantía distinta del precio de mercado de la acción, a la fecha en que la opción se emite **(108)**.

Se conoce también el contrato *put and call*, que atribuye a las partes la opción recíproca de adquirir o de vender, pudiendo incluso el *put* de una parte no estar sujeto a término, mientras que el *call* de la otra sí **(109)**.

(108) Mera Vázquez, María T., "Instrumentos financieros: futuros, opciones y swaps", ICADE, Universidad Pontificia Comillas, Revista de la Facultad de Derecho, nro. 20, año 1990, p. 39; REYNA TAMARA, Fernando, "Administrando los riesgos de mercado: contratos financieros derivados - un enfoque estructural", Universidad Nacional Mayor San Marcos, Revista de Derecho y Ciencia Política, Lima, 2003, vol. 60, nro. 1-2, p. 550.

(109) GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 146, nro. 38.

f) Teniendo el contrato definitiva virtualidad jurídica a partir del momento en que es comunicada al concedente la voluntad declarada por el optionario de comprar o vender, corresponden al optionario a partir de ese momento (ya que no hay retroactividad) y salvo pacto en contrario, los dividendos aprobados por la sociedad y todavía no pagados, mientras que son de propiedad del concedente los distribuidos con anterioridad **(110)**.

g) Los propios contratos de opción se convierten también, en los mercados de opciones, en activos susceptibles de contratación. Es decir, las opciones en sí mismas pueden ser objeto de negociación en los mercados de valores.

h) La opción, siendo un contrato, puede ser cedida y es admisible la cláusula compromisoria arbitral para dar solución a posibles controversias **(111)**.

(110) GIL DEL MORAL, Francisco y MOREU SERRANO, Gerardo, ob. cit., p. 500, nro. 2.

(111) GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 146, nro. 38. Cabe recordar, a todo evento, la jurisdicción arbitral obligatoria instituida por el art. 46 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales.

El accionista fiduciario, el fiduciario con derechos de accionista y la sociedad como fiduciaria

María Valentina Aicega (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Adquisición derivada de acciones por el fiduciario.— III. Derechos del accionista fiduciario.— IV. Desmembramiento de las facultades integrativas de la situación de accionista.— V. La sociedad como fiduciaria.

I. Introducción

Hace cinco décadas la comunidad jurídica argentina comenzó a beneficiarse de las ventajas derivadas de un cuerpo legal cuya técnica legislativa fue inequívocamente superadora de la normativa entonces vigente y que todavía merece fundados elogios. Estamos conmemorando los cincuenta años de vigencia de la ley 19.550.

La gravitación de nuestra ley societaria es tal que desde entonces se erigió en una importante herramienta para el desarrollo de los negocios. Su preceptiva no implicó, en ningún momento de su vida, un valladar insuperable para que la iniciativa privada se pudiera concretar. Todo lo contrario, significa un fuerte respaldo a los diversos agentes económicos, pues no solo resguarda al “inversionista”, sino que también prevé distintos mecanismos tutelares para los “terceros”.

Esa valoración positiva, sin embargo, no significa que piense que nada deba cambiarse. Toda obra humana —y la ley lo es— es susceptible de mejoras y existen diversas valiosas propuestas de reforma. Entiendo que los juicios sobre los textos

normativos deben ser equilibrados; descreo de las ponderaciones complacientes, pero también de las objeciones con matices de censura.

Ciertas voces de la doctrina autoral propician un cambio en el trayecto hasta aquí recorrido y enfatizan en las virtudes de la libertad en el ámbito societario. En el tema que me ocupa advierto que la cuestión es esencialmente hermenéutica. La intensidad de las variantes que permite la figura del fideicomiso en la sociedad anónima es objeto de distintas interpretaciones que abordaré con los siguientes enfoques: el fiduciario como accionista (**I**), el fiduciario con derechos de accionista y la sociedad fiduciaria.

II. Adquisición derivada de acciones por el fiduciario

II.1. El contrato de fideicomiso como negocio causal

La adquisición de la calidad de accionista por parte del fiduciario tiene lugar de un modo deri-

(*) Abogada (UNMDP). Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral) y doctoranda en Derecho (Universidad Austral). Directora ejecutiva de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Austral. Profesora asociada a cargo de Títulos Valores y de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia, y profesora asociada de Contratos de la Universidad Austral. Autora o coautora de diez libros y de numerosos capítulos de libros y artículos de investigación jurídica.

(1) En una interpretación contraria a las normas del contrato de fideicomiso y de la LGS, la res. 820/2005, estableció que el “fiduciario accionista” “...no reviste estrictamente el carácter de accionista, sino de titular fiduciario de determinadas acciones...”; y “...el fideicomiso no puede avasallar las prohibiciones establecidas por otros contratos de naturaleza análoga (...) mal pueden superarse tales escollos legales mediante el sencillo expediente de disfrazar a la prenda mediante el ropaje del fideicomiso”. El criterio fue luego rectificado por la res. gral. IGI 2/2006, nuevo criterio que mantuvo la res. gral. 7/2015.

vado: el fiduciante por medio del contrato de fideicomiso transmite la propiedad fiduciaria de bienes al fiduciario para que este “ejerza” la propiedad en favor del beneficiario y a la extinción del contrato entregue la propiedad plena de los bienes existentes al fideicomisario.

Este contrato para ser título fuente de la adquisición de la calidad de accionista debe tener por objeto acciones **(2)**. El Cód. Civ. y Com., en el art. 1670, preceptúa que pueden ser objeto del fideicomiso “todos los bienes que se encuentran en el comercio” **(3)**.

(2) Conf. AICEGA, M. V., "Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones", en ABREU, G. A.; BALBÍN, S. y AICEGA, M. V. (coords.), *Estudios de derecho comercial moderno*. En Homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 150 y 151; PAOLANTONIO, M. E., "Fideicomiso sobre acciones", en *Negocios parasocietarios*, Instituto de Derecho Comercial-UNA, Buenos Aires, 1999, p. 282; MANÓVIL, R. M., "Grupo de sociedades", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 297; MOLINA SANDOVAL, C., "Fideicomiso societario. Bases para una mejor utilización de la figura societaria", ED del 22/03/2005; GIOVENCO, A. C., "El fiduciario-accionista", ED 205-877; VÍTOLO, D., "Titularidad fiduciaria frente a la inscripción prevista en el art. 215 LS", ED 212-1156; ZAMENFELD, V., "Oponibilidad y contrato de sindicación de acciones", en FILIPPI, L. (dir.), *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2001, vol. 2, ps. 841 y ss.; ARAYA, T. M., "Reflexiones sobre los acuerdos de accionistas. Problemática de la libertad de contenido, oponibilidad e incumplimiento", *Revista Argentina de Derecho Empresario*, nro. 9, IJ Editores, Buenos Aires, 2011, ps. 173-200; FAVIERO DUBOIS (h.), E. M., "La planificación sucesoria en la empresa familiar frente al Código Civil y Comercial", RDF 73, 10/03/2016, 189, TR LALEY AR/DOC/4063/2016; PAPA, R. G., "Una aproximación de 'última generación' sobre el fideicomiso societario", RDCO 283, 17/04/2017, 337 - RDCO 17/04/2017, - RDCO 17/04/2017, TR LALEY AR/DOC/3459/2017.

(3) Entre otros en el marco de la derogada ley 24.441, idéntica en este aspecto: GUASTAVINO, E. P., "Fideicomisos, leaseings, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441", LA LEY, 1995-B, 1066 y 1067; MARIANI DE VIDAL, M., "Curso de Derechos reales", Zavalía Buenos Aires, 1999, 2ª ed., p. 90; LISOPRAWSKI, S. V. y KIPER, C. M., "Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización", 2ª ed. Act., Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 304; FREIRE, B. V., "El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios", Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 64; GIRALDI, P. M., "Fideicomiso (ley 24.441)", Depalma, Buenos Aires, 1998 p. 105; MOISSET DE ESPANÉS, L., "Contrato de fideicomiso", *Revista del Notariado*, número extraordinario, 1995, p. 67; ACQUARONE, M., "Trust o fidei-

En el contrato de fideicomiso de acciones: (i) el accionista transmitente es el fiduciante; (ii) el adquirente, que puede ser cualquier persona humana o jurídica, es el fiduciario **(4)** (art. 1673, Cód. Civ. y Com.); (iii) el fiduciante normalmente ocupa la posición jurídica de beneficiario, aunque puede tratarse de un tercero o incluso del fiduciario (arts. 1671 y 1673, Cód. Civ. y Com.); (iv) el destinatario final de la plena titularidad de las acciones —el fideicomisario— de ordinario coincidirá con el fiduciante-beneficiario, empero nada obsta que se trate de un tercero (art. 1672, Cód. Civ. y Com.).

Para la transferencia fiduciaria de acciones por el accionista-fiduciante es menester que esté legitimado y sea capaz al efecto. Deben ponderarse las disposiciones del estatuto de la sociedad el que puede contener límites a la transmisibilidad accionaria (art. 1666, Cód. Civ. y Com., y art. 214, LGS).

Esa transferencia no es de la propiedad plena de las acciones, sino de la propiedad fiduciaria **(5)**, es decir, de una propiedad con límites temporales y a la disposición impuestos por la ley, sin perjuicio de otros que se prevean en el contrato **(6)**. Esa propiedad no puede du-

comiso de garantía", LA LEY, 1995-B, 1002; CIURÓ DE CASTELLO, N. E. y CASAS, R. C., "Leasing financiero, operacional e inmobiliario. Fideicomiso. Fideicomiso financiero", *Revista Notarial*, nro. 923, p. 45.

(4) La única excepción es el caso del fideicomiso financiero, tipo que no se aplica en el caso que aquí se trata. En el fideicomiso financiero solo puede ser fiduciario de un fideicomiso financiero una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, que en la actualidad está conformado por la Comisión Nacional de Valores (CNV) (art. 1673, Código Civil y Comercial). El art. 1690 del Código Civil y Comercial impone este requisito tanto para los fideicomisos que hacen oferta pública, como para aquellos que no.

(5) Véase: AICEGA, M. V. y GÓMEZ LEO, O. R., en ALTERINI, J. H. (dir.) y ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. VII, ps. 1181 y ss.; FREIRE, B. V., "El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios", ob. cit., ps. 76 y ss.

(6) El fiduciario en el Código Civil y Comercial, y desde la óptica del derecho real, es titular de un derecho real

rar —por regla (7)— más de treinta años desde la celebración del contrato de fideicomiso y la actuación del fiduciario debe ajustarse a los fines establecidos en el acuerdo (arts. 1668, 1688, Cód. Civ. y Com.).

No debe pensarse que el fideicomiso accionario produce una suerte de “desmembramiento” de derechos, en virtud del cual el fiduciario estaría habilitado por ejemplo a ejercer el derecho de voto. Todo lo contrario: lo que se produce es una transmisión de las acciones y por ende de los derechos que componen la situación de accionista. Los límites al ejercicio de los derechos de accionista solo derivan del carácter fiduciario de la propiedad y no de una inexistente fragmentación de prerrogativas entre las distintas posiciones jurídicas. Enfatizo que solo el fiduciario es el accionista, aunque nada obsta que el contrato de fideicomiso transmita uno o varios de los derechos de accionista al fiduciario o disponga que este debe transmitir uno o varios derechos al beneficiario, sobre lo que volveré en el punto IV.

El contrato de fideicomiso debe registrarse en el registro público para su oponibilidad a terceros (art. 1669, Cód. Civ. y Com.) (8). Ahora bien,

de dominio imperfecto destinado a durar hasta el cumplimiento de un plazo o de una condición resolutorios, con las peculiaridades que le imponen los arts. 1701 y ss. En cambio, en el plano obligacional, los límites a sus facultades, así como las obligaciones que se le imponen, se explican a tenor de la finalidad de la transmisión fiduciaria que no lo enriquece en forma personal (Conf. AICEGA, M. V. y GÓMEZ LEO, O. R., en ALTERINI, J. H. (dir.) y ALTERINI, I. E. (coord.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. VII, ps. 1181 y ss.).

(7) La única excepción general a tal plazo máximo es el supuesto en el cual el beneficiario fuera un incapaz o tuviera su capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta su muerte o la cesación de su incapacidad o de la restricción a su capacidad. Lo propio sucede con alguna aplicación de los fideicomisos financieros, que no son el tipo que se aplica a efectos de este trabajo.

(8) El fundamento de la inscripción del contrato de fideicomiso en el “registro público que corresponda” es la protección de los terceros interesados de buena fe (art. 1893, Código Civil y Comercial), entendiéndose por tales a los acreedores del fiduciante y quienes luego contraten con el fiduciario, que no conocían ni podían conocer la existencia del contrato sin este evento publicitario. Ese registro público es meramente declarativo. En el ámbito

para que la transferencia fiduciaria de la propiedad de las acciones sea oponible a terceros, y entre ellos a la sociedad y a los restantes accionistas, no es bastante con esa registración, sino que se debe hacer constar la calidad fiduciaria de la propiedad de la acción en el acto de adquisición y notificarse a la sociedad, quien deberá inscribirla con esa calidad en el libro de registro de acciones (arts. 1683, 1684, Cód. Civ. y Com.; arts. 215 y 213, LGS, esa última norma prevé en su inc. 6 que debe registrarse “cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones”) y en los títulos respectivos (ley 24.587) (9).

Sobre esos bienes fideicomitados se constituye un patrimonio separado del general del fiduciario adquirente, del fiduciante transmitente, y del beneficiario y del fideicomisario (10). Las acciones quedan afectadas al cumplimiento de la finalidad para la cual se celebró el contrato de fideicomiso (arts. 242, 1685, 1686, 1687, Cód. Civ. y Com.).

Un punto central para tener en consideración es el atinente a la capacidad de derecho del fiduciario para adquirir la propiedad fiduciaria de las acciones objeto del fideicomiso cuando se trata de una sociedad. Ciertas voces postulan que los límites de los arts. 30 a 32 LGS no son de aplicación al fiduciario, en atención a que el ad-

de la Capital Federal la inscripción de los contratos de fideicomiso que tienen por objeto acciones se debe realizar ante la Inspección General de Justicia (IGJ). Rige al respecto la Resolución General IGJ 7/2015, modificada por las resoluciones generales 9/2015, 6/2016 y 33/2020. En la provincia de Buenos Aires el registro es llevado por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires y rige la Disposición 13/2016 del día 13/5/2016.

(9) Con otra finalidad, el art. 288 de la Resolución General IGJ 7/2015 —sustituido por Resolución General N° 6/2016— establece requisitos para la inscripción de las resoluciones de asambleas de sociedades por acciones o de reuniones de socios de sociedades de responsabilidad limitada, inscriptas ante este Organismo, en las cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto titulares fiduciarios de acciones o de cuotas sociales.

(10) Véase AICEGA, M. V., “El patrimonio en el contrato de fideicomiso”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 111 y ss.; AICEGA, M. V. y GÓMEZ LEO, O. R., en ALTERINI, J. H. (dir.) y ALTERINI, I. E. (coord.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., t. VII, ps. 1185 y ss.

quiere una propiedad para ejercerla en interés de otro **(11)**. No coincide con ese parecer **(12)**, ya que la cuestión debe analizarse desde la norma general en la materia que es el art. 1001 del Cód. Civ. y Com.: "Inhabilidades para contratar. No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales..."

Ante todo, las disposiciones especiales de la LGS no matizan entre un ejercicio en interés ajeno o propio. De allí que no sea predicable una distinción inexistente en el texto legal. Además, la norma general del Cód. Civ. y Com. se hace cargo de la cuestión del interés y prevé la irrelevancia de que sea "propio o ajeno" si se está impedido de contratar por disposición especial **(13)**.

II.2. Variedad de los fines del contrato de fideicomiso y el interés social

El fideicomiso de acciones, que es fuente de la adquisición derivada de la calidad de accionista, es un vehículo útil para canalizar acuerdos de sindicación de acciones asegurando el cumplimiento de pactos de mando o de bloqueo **(14)**; administrar un portafolio individual

(11) GIOVENCO, A. C., "El fiduciario-accionista", ED 205-877.

(12) AICEGA, M. V., "Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones", en ABREU, G. A.; BALBÍN, S. y AICEGA, M. V. (coords.), Estudios de derecho comercial moderno. En Homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, ob. cit., p. 149.

(13) En ese sentido, el citado art. 288 de la Resolución General IGI 7/2015 establece que para la inscripción de las resoluciones de asambleas de sociedades se debe requerir que los dictámenes de precalificación se expidan sobre: "...e. Si el fiduciante, fiduciario, beneficiario y, de existir, el fideicomisario son todos o alguno de ellos sociedad controlante, controlada o vinculada a la sociedad emisora de las acciones o de las cuotas sociales. f. Si el fiduciante, fiduciario, beneficiario y, de existir, el fideicomisario, es o son todos o alguno de ellos director, gerente, administrador, apoderado o empleado de la emisora o de sociedad controlante, controlada o vinculada a la sociedad emisora de las acciones o de las cuotas sociales..."

(14) Se admite de manera generalizada desde hace varias décadas la licitud de los pactos de sindicación de acciones. En doctrina: PEDROL, A., "La anónima actual y la sindicación de acciones", RDP, Madrid, 1969, p. 243; HALPERÍN, I. - OTAEGUI, J. C., "Sociedades anónimas", Depalma, Buenos Aires, 1998, 2ª ed., p. 749; ZALDÍVAR,

de inversiones en acciones; solucionar conflictos societarios; atender a la satisfacción de protocolos de familia; conferir eficacia al derecho de opción de compra; simplificar el cierre de una compraventa de acciones; garantizar operaciones financieras; sustituir garantías.

La finalidad de cada contrato de fideicomiso modeliza los derechos y las obligaciones del fiduciario, así como a los sujetos que ocupan las posiciones jurídicas de beneficiario y fideicomisario y los derechos que se le reconocen.

El aspecto medular es la compatibilización de la finalidad del contrato de fideicomiso con el interés social, por cuanto el fiduciario accionista deberá ejercer sus derechos de acuerdo con los fines del fideicomiso.

Si bien la ley 19.550 ni sus modificaciones sistematizan la noción de interés social **(15)**, se trata de un concepto central para resolver los diferendos societarios **(16)**, como los que se pueden plantear en el caso.

E. - MANÓVIL, R. M. - RAGAZZI, G. E. - ROVIRA, A. L., "Cuadernos de derecho societario", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. III, ps. 256 y 257; SASOT BETES, M. A. - SASOT, M. P., "Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables", Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 306; ANAYA, J., "La sindicación de acciones", comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 1996; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., "Derecho societario. Parte general", ob. cit., ps. 492 a 513; NEGRI, J. J., "En torno a la sindicación de acciones", ED 22/12/1997; MASCHERONI, F. H. - MUGUILLO, R. A., "Régimen jurídico del socio", Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 211 y ss.; MANÓVIL, R. M., "Grupo de sociedades", ob. cit., p. 296. En la jurisprudencia: CNCom., sala C, 22/09/1982, "Sánchez, C. v. Banco Avellaneda SA y otro", ED 100-657; LA LEY, 1983-B, 257; CNCom., sala B, 25/11/1996, "Inversiones Rosario SA c. Indosuez International Finance s/ med. pret.", ED 171-225; CNCom., sala B, 21/03/1997, "Warroquiers, Juan Pedro y otro c. Quintanilla de Madanes, Dolores y otros s/ordinario"; CNCom., sala B, 24/04/2001, "Tejera, Loreley N. c. Bamfaldi, Aldo A."; CNCom., sala C, 20/10/2005, "Costabel, Walter J. y otro c. Concisa SA y otro"; JA 2006-1-872.

(15) La noción de interés social se encuentra expresamente receptada en los arts. 197, 248, 271, 272, 273, LGS, e implícitamente, por ejemplo, en los arts. 54 ter, 251, 250.

(16) SCHNEIDER, L. R., "El interés social: esencia básica del conflicto societario", publicado el 16 de julio de 2013 en Microjuris (MJ-DOC-6356-AR | MJD6356),

El interés social es el “interés común derivado del riesgo y de la vocación de soportar las pérdidas y de participar en las ganancias (...) que forma parte de la causa-fin de la sociedad. Es en este sentido que se habla en la literatura jurídica del interés social, entendido como el común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad” (17). Como la sociedad es un “instrumento” de los socios para lograr su finalidad común consistente en obtener ganancias —con su contracara de soportar las pérdidas—, es claro que el interés social se debe anclar en la finalidad de la sociedad (18).

La cuestión ofrece distintos puntos de análisis, en atención a las distintas relaciones que se entablan. En efecto, el fiduciario accionista mantiene un vínculo con el fiduciante —y aun

recuerda algunos precedentes jurisprudenciales en ese sentido; v.gr.: “Carabassa c. Canale” (CNCom., Sala B, 06/12/1982, LA LEY, 1983-B, 353) en el que se consideró que “la noción de interés social puede interpretarse como el interés objetivo común a los socios conforme al fin social”; “Pérez c. Transportes del Tejar” (CNCom., Sala C, 30/11/1989, LA LEY, 1990-C, 354) que consideró que “la voluntad social declarada por la mayoría debe ser estimada como expresión del interés social, es decir, adoptada en miras a satisfacer el beneficio común, que consiste en la consecución del fin de la sociedad”. Por su parte, en “NL SA c. Bull Argentina SA y otro” (CNCom., Sala E, 23/06/1995, LA LEY, 1996-D, 408), la Cámara hizo suyo el criterio del juez Garibotto, en el sentido de que “el interés social es el que decide la mayoría”. Sin embargo, debe descartarse que no se opuso observación alguna al tribunal de primera instancia, el cual en dicha oportunidad agregó que “el interés social puede ser definido como el interés perseguido por la sociedad según su objeto social, al cual ciertamente han de subordinarse todos los accionistas”.

(17) MANÓVIL, R. M., “Grupo de sociedades”, ob. cit., ps. 570 a 572. Conf., aunque con algunos matices, GAGLIARDO, M., “Sociedades anónimas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 146. Julia Villanueva explica: “...el principio mayoritario (...) tiene un límite: ninguna mayoría, por más elevada que fuera, podría válidamente postergar el interés social implícito en la finalidad común en la que tal causa consiste, cual es la de obtener beneficios y compartirlos...” (VILLANUEVA, J., “El interés contrario en el derecho societario”, ED 14 de mayo de 2019, p. 1). En contra la opinión de los autores que relacionan el interés social con el objeto de la sociedad: NISSEN, R. A., “Impugnación judicial de actos y de acciones asamblearias”, Ad-Hoc, 2006, ps. 83 y 84.

(18) ALTERINI, I. E., “La acción y el derecho de voto”, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 47.

respecto de las restantes posiciones—, pero además se “inserta” en una sociedad con sus reglas propias.

La pregunta que se debe responder es la siguiente: ¿el fiduciante le puede exigir al fiduciario que satisfaga la finalidad del fideicomiso si ella se encuentra reñida con el interés social? La respuesta negativa se impone, ya que el fiduciario tiene que actuar dentro del marco jurídico y ello lo interpela a respetar el interés de la sociedad que integra. Todavía más: la manda fiduciaria no puede sustraerse de las disposiciones del contrato social. El fiduciario tiene la instrucción de cumplir el rol de accionista y, como tal, debe satisfacer los débitos que nacen de la integración de esa posición.

Si de esa recta actuación se derivaran daños en el fiduciante, esos daños no serían resarcibles porque no involucraría una conducta anti-jurídica; serían daños justificados en virtud del ejercicio regular de la posición de accionista por el fiduciario (art. 1718 inc. a), Cód. Civ. y Com.).

III. Derechos del accionista fiduciario

III.1. Planteamiento

El accionista fiduciario tiene derechos y obligaciones que emergen tanto del contrato de fideicomiso como de su posición en la sociedad (*status socii*). Ergo, corresponde analizarlos a la luz del Cód. Civ. y Com. y de la Ley General de Sociedades, respectivamente.

III.2. El accionista en tanto fiduciario

El fiduciario tiene facultades y deberes en virtud de las acciones de su titularidad y respecto de las restantes posiciones contractuales. En lo atinente a las acciones el análisis del estatuto del fiduciario debe concretarse en su función de accionista, por lo que lo ponderaré en el punto inmediatamente siguiente. Aquí me ocuparé de los derechos y obligaciones que tiene en sus vinculaciones con las restantes posiciones jurídicas.

III.2.a. Derechos

Ante todo, el fiduciario tiene derecho a cobrar retribución por el ejercicio de sus funciones, salvo que exista pacto en contrario (art. 1677, Cód.

Civ. y Com.). El Código establece que el obligado al pago es quien o quienes se prevean en el contrato a ese fin, pero si nada se estipula se interpreta que es una obligación que pesa sobre el patrimonio separado. De no estar prevista en el contrato la cuantía de la remuneración, la debe fijar el juez teniendo en cuenta la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias del caso.

Además, en el supuesto de haber efectuado erogaciones de su patrimonio general para el cumplimiento del encargo fiduciario tiene derecho al reembolso de tales (art. 1677, Cód. Civ. y Com.). Si nada dice el contrato, ante el silencio del legislador, debe interpretarse que el reembolso de los gastos será a cargo del patrimonio separado.

Luego, el fiduciario tiene derecho a renunciar siempre que esté expresamente autorizado para hacerlo, que medie una imposibilidad material o jurídica para desempeñarse u otras causas graves (art. 1678 inc. e), Cód. Civ. y Com.).

III.2.b. Deberes y carga

Los deberes del fiduciario se pueden clasificar según su fuente en legales o contractuales, si nacen de la ley o del contrato, respectivamente.

La ley impone al fiduciario los deberes de recibir los bienes fideicomitidos (art. 1666, Cód. Civ. y Com.); proceder o colaborar en las inscripciones registrales (art. 1669, 1683 y 1684, Cód. Civ. y Com.); ejercer el contrato a favor de otra posición jurídica y entregar los bienes (arts. 1666, 1671 y concs., Cód. Civ. y Com.); rendir cuentas (art. 1675, Cód. Civ. y Com.); ejercer las acciones necesarias en defensa de los bienes fideicomitidos (art. 1689, Cód. Civ. y Com.); entregar los bienes a la extinción del contrato a los fideicomisarios (arts. 1666 y 1698, Cód. Civ. y Com.); contratar el seguro de responsabilidad civil (art. 1685, Cód. Civ. y Com.).

También el contrato puede ser fuente de obligaciones, como pueden ser el dar a los frutos el destino previsto en el contrato (arg. art. 1684, segundo párr., Cód. Civ. y Com.); realizar inventario; constituir garantías; obtener la conformidad del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario

para disponer de los bienes fideicomitidos (art. 1688, Cód. Civ. y Com.); vender los bienes en el fideicomiso de garantía (art. 1680, Cód. Civ. y Com.).

Mención aparte merece la carga de llevar contabilidad **(19)**. No existe una norma específica al respecto, por lo que rigen las disposiciones de los arts. 320 a 331 del Cód. Civ. y Com., y es necesario que se configuren en un fideicomiso determinado los elementos subjetivos que determinan la aplicación de esas normas.

III.3. El fiduciario en tanto accionista

III.3.a. Necesario punto de partida

El fiduciario en su rol de accionista tiene las facultades y los deberes que emergen de la Ley General de Sociedades y de las previsiones del estatuto de la sociedad.

En el plano de los derechos del fiduciario accionista debe partirse de una idea central: el fiduciario puede usar, gozar y disponer de las acciones en el marco de la finalidad del fideicomiso, siempre que respete el interés social y sin perjuicio de otros límites contractuales.

III.3.b. Precisiones conceptuales

i) El estado de socio

La acción de la sociedad anónima, objeto del contrato de fideicomiso, se puede clasificar desde tres ópticas: como una alícuota del capital social (art. 163, LGS), como título valor (art. 226, LGS) y como conjunto de derechos (y obligaciones) **(20)**.

(19) Una carga consiste en una conducta establecida por una norma en protección de un interés propio. Por ello, el efecto de su inobservancia es la pérdida de un beneficio o el padecimiento de un daño propio (Conf. ALTERINI, I. E. y ALTERINI, F. J., "Tratado de las obligaciones", ob. cit., t. I, p. 23). La obligación, en cambio, refiere a un "interés ajeno" pues su incumplimiento crea un derecho en favor del acreedor (Conf. Couture, E. J., "Fundamentos del derecho procesal civil", Punto Lex - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2010, §134, p. 192.)

(20) ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., p. 7.

La doctrina acuñó la denominación “estado de socio” (21) —en latín *status socii*— para referir a ese conjunto de derechos y obligaciones del accionista en la persona jurídica sociedad.

La Ley General de Sociedades no contiene una norma que enuncie los derechos y los deberes del accionista, pero estos emergen de diversas normas del ordenamiento citado.

La doctrina ha efectuado distintas clasificaciones de los derechos de los accionistas (22), pero una de las más útiles a los efectos de este trabajo es aquella que toma en consideración el contenido de los derechos.

Mientras que la doctrina clásica y más extendida los categoriza en derechos de contenido patrimonial por oposición a los políticos también denominados extrapatrimoniales (23); existen autores que señalan (24) que desde el punto de vista de la clasificación de los derechos —y no ya de los derechos de los socios—, todos los derechos son patrimoniales (25). Se

(21) COLOMBRES, G. R., "Curso de derecho societario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 59; HALPERÍN, I. - OTAEGUI, J. C., "Sociedades anónimas", ob. cit., p. 391; GASPERONI, N., "Las acciones de las sociedades mercantiles", traducción a cargo de F. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, p. 43

(22) Según el fin, su pertenencia, el sujeto legitimado, la fuente, la incidencia de la voluntad mayoritaria, la esencia, entre otros. Véase BRUNETTI, A., "Tratado del derecho de las sociedades", traducción a cargo F. de Solá Cañizares, Uteha, Buenos Aires, 1960, t. I, p. 273; ROITMAN, H., "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 587 y ss.).

(23) En esta clasificación son patrimoniales los derechos que tienen contenido económico, y políticos (o extrapatrimoniales) los relativos a la participación en el gobierno de la sociedad (RICHARD, E. H., "Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas", Lerner, Buenos Aires, 1970, ps. 119 y 120; ZALDÍVAR, E. - MANÓVIL, R. M. - RAGAZZI, G. E. - ROVIRA, A. L. - SAN MILLÁN, C., "Cuadernos de derecho societario", ob. cit., t. I, p. 188.

(24) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., "Derecho societario. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades", Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 79.

(25) Ibidem: "Se trata de derechos destinados a proteger la esfera económica de la persona, en contraposición a derechos que, como derivados de las relaciones de familia o de la condición de ciudadano, inciden sobre aspectos extraeconómicos de las personas".

destaca también (26) que hoy “el análisis revela que todos los derechos del accionista son de índole patrimonial porque derivan de una actividad negocial, crematística, llamada sociedad por acciones”.

Con la última orientación señalada, la doctrina (27) los clasifica en directamente patrimoniales cuando tienen un contenido económico inmediato, e indirectamente patrimoniales cuando su relación con la patrimonialidad es mediata.

Estas precisiones sobre el contenido de los derechos del accionista no tienen un objetivo meramente didáctico; por el contrario, su precisión es determinante al momento de analizar la posibilidad de “desmembramiento” de los derechos que confiere la acción de su titularidad, lo que se analizará en el punto IV.

ii) Derecho de usar

La facultad de usar consiste en el “empleo” de los bienes o en “servirse” de ellos. Tal facultad del propietario fiduciario es amplia y el límite genérico está dado por el respeto de los fines del fideicomiso, lo que determina que el fiduciario no pueda usar libremente el objeto respectivo. Un aspecto que integra la facultad de usar está dado por la destinación económica del objeto (28). Es aquí donde impacta el límite legal de los fines del fideicomiso, pues el fiduciario a diferencia del propietario perfecto no “es el árbitro único de su aplicación” (29), sino que

(26) ZAMENFELD, V., "Sobre el derecho de información del accionista", LA LEY, 2010-F, 990.

(27) ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., ps. 26 y 27.

(28) Véase ALESSANDRI R., A., SOMARRIVA U., M. y VODANOVIC H., A., "Tratado de los derechos reales", Temis e Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, 6ª ed., p. 52: "La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar (...). Como las atribuciones del propietario son de gran magnitud, puede usar la cosa de su dominio, en principio, con cualquier fin, aun cuando contrarie el destino natural de ella (...). El dueño de un palacete, por ejemplo, puede emplearlo como bodega de mercaderías. No sucede lo mismo con los titulares de otros derechos..."

(29) LAFAILLE, H., en LAFAILLE, H. y ALTERINI, J. H., "Tratado de los derechos reales", La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., t. II, nro. 478, p. 47.

deberá someterse a la teleología que inspiró al contrato.

iii) Derecho de gozar

El derecho de goce importa la facultad de obtener todos los provechos y ventajas que el objeto sobre el cual se ejerce es capaz de brindar, por lo cual desborda a la mera percepción fructuaria.

La facultad de realizar ciertas mejoras es también una derivación del ejercicio del goce, ya que mediante la realización de ellas los beneficios consecuentes pueden ser mayores (30).

En su carácter de propietario de los bienes el fiduciario tiene derecho de goce respecto de ellos. Este derecho incluye el derecho a percibir los frutos y los productos, y a gozar de otras ventajas.

La percepción de los frutos lógicamente variará de acuerdo con la naturaleza de los bienes; en el caso de las acciones esos frutos serán los dividendos, las reservas capitalizadas. Lo propio sucede con las mejoras; v. gr. si son acciones el fiduciario tendrá derecho a la suscripción preferente en un aumento de capital.

Por su parte, el art. 1684, segundo párr., del Cód. Civ. y Com. establece: "Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiriera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes".

Por disposición en contrario se puede establecer que esos frutos o productos no ingresen al patrimonio fiduciario y que sean entregados a los beneficiarios de acuerdo con la finalidad del fideicomiso y lo dispuesto en ese sentido por el constituyente del negocio (véase punto IV).

iv) Derecho de disponer

El derecho de disposición jurídica del propietario perfecto comprende el derecho de enaje-

nar, abandonar o renunciar, constituir derechos reales o personales respecto de los bienes fideicomitidos. Estos derechos tienen ribetes y límites especiales en el caso del propietario fiduciario.

El primer párrafo del art. 1688 del Cód. Civ. y Com., dispone: "El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario...".

Es decir, el principio general es que el fiduciario podrá disponer los bienes fideicomitidos siempre que ese acto sea acorde a los fines del fideicomiso. El límite legal está dado por el respeto a los "fines del fideicomiso" (31); v. gr. en un fideicomiso que se constituye para canalizar un acuerdo de sindicación de acciones "de bloqueo" será contrario a sus fines que el fiduciario accionista enajene las acciones.

Esa directiva se explica por la naturaleza y la duración del contrato y de la propiedad fiduciaria: el fiduciario es un adquirente a título de confianza y es el "continente jurídico" de tal propiedad al solo efecto de que cumpla el encargo.

No obstante, la ley también autoriza otros límites contractuales a esas facultades de disposición, como el requisito de autorización previa. También se prevé en algún caso la prohibición de enajenar (art. 1676, Cód. Civ. y Com.) y se habilita su pacto por acuerdo de partes, lo que en el caso habrá que concordar con lo dispuesto en el art. 214, LGS y su doctrina.

Por su parte, el art. 1676 del Cód. Civ. y Com., establece que el fiduciario no puede adquirir

(31) Véase MOLINA SANDOVAL, C. A., "El fideicomiso en la dinámica mercantil", ob. cit., p. 261: "Pensamos que la expresión fines del fideicomiso debe interpretarse con cierta flexibilidad atento a que la no disposición de los bienes fideicomitidos constituye una excepción al régimen general".

(30) Véase ALTERINI, F. J., "Estructura del usufructo sobre acciones", LA LEY, 2018-A, 1058.

para sí los bienes fideicomitidos. Es decir, impone al fiduciario un nuevo límite a su derecho de disponer los bienes fideicomitidos de acuerdo con los fines del fideicomiso (32).

Este límite alcanza a los frutos y al producido de los actos de disposición de dichos bienes. La única excepción es el derecho a remuneración y al reembolso de los gastos (art. 1677, Cód. Civ. y Com.).

Por otra parte, se debe concordar lo establecido en el art. 1676 del Cód. Civ. y Com., con la norma general que trae el art. 1674 del Código que exige al fiduciario cumplir sus obligaciones con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, desde que tal norma explicita la causa determinante de su elección, esto es, la confianza. Este límite legal es indisponible, como expresamente establece el art. 1676 del Cód. Civ. y Com.

Si el titular fiduciario ejerce su facultad de disposición en violación a los límites legales o contractuales (v. gr. contrariando los fines del fideicomiso o sin contar con la autorización previa requerida), esos actos son nulos pues solo “quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma” (art. 1688, Cód. Civ. y Com.).

A su turno, el art. 1681 del Cód. Civ. y Com. establece: “El beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe”.

III.3.c. Contenido del derecho del accionista fiduciario

La “facultad de usar” se revela en la actuación de los derechos de voz, de voto (arts. 216, 217, 238, 239, 243, 244, LGS), de información y control (arts. 55, 67 y 284, LGS) y de impugnación de las decisiones orgánicas (art. 251, LGS). El

“goce” se hace presente fundamentalmente en los derechos al dividendo (arts. 68 y 224, LGS), a la suscripción preferente y de acrecer (arts. 194 y 197, LGS). La “disposición” nos conecta con los derechos de receso (arts. 244 y 245, LGS), a la cuota de liquidación (art. 109, LGS) y a la transmisión (art. 214, LGS).

IV. Desmembramiento de las facultades integrativas de la situación de accionista

IV.1. Planteamiento

No debe pensarse que la única posibilidad que ofrece el fideicomiso en el ámbito societario es la de la transmisión fiduciaria de la acción en favor del fiduciario, pues son factibles diferentes configuraciones a partir de la conjugación del contrato de fideicomiso con las prerrogativas que emergen de la acción.

Son imaginables, al menos, las siguientes alternativas: (i) cesión de determinados derechos al fiduciario con mantenimiento de la calidad de accionista por parte del fiduciante; (ii) transmisión fiduciaria de la acción que determina al fiduciario como accionista, pero con reserva de derechos por parte del fiduciante transmitente; y (iii) transmisión fiduciaria de la acción que determina al fiduciario como accionista y posterior transmisión por este de derechos a los beneficiarios.

IV.2. Fundamento

En el punto III se caracterizó el estado de socio o situación jurídica, haciendo foco en que —en rigor— el contenido de los derechos del socio es directa o indirectamente patrimonial. Esto es así porque la finalidad para la cual se ingresa a una sociedad es la obtención de ganancias (art. 1, LGS). Luego, los denominados como derechos políticos (de voz, de voto, de información y control, de impugnación de las decisiones orgánicas) tienden mediatamente a la consecución de derechos patrimoniales (33).

Como afirma Pedrol, “pueden desmembrarse del *status* de socio aquellos derechos que por su

(32) Véase ALTERINI, J. H., ALTERINI, I. E. y ALTERINI, Ma E., "Tratado de los derechos reales", ob. cit., t. II, p. 105.

(33) ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., p. 24.

contenido patrimonial son susceptibles de una vida en cierta manera autónoma" (34). Ahora bien, un criterio de realidad aconseja analizar la posibilidad (o no) del desmembramiento de los derechos del accionista de la calidad de tal bajo el prisma de su patrimonialidad directa o indirecta.

Por regla, no es cuestionada la posibilidad de desmembrar los derechos directamente patrimoniales (35), como son el derecho al dividendo (36), a la suscripción preferente de acciones (37) y de acrecer y a la cuota de liquidación (38).

Respecto de los derechos mediatamente patrimoniales, denominados por parte de la doctrina como "políticos", es interesante analizar la divisibilidad del derecho de voto de la acción.

(34) PEDROL, A., "La anónima actual y la sindicación de acciones", ob. cit., p. 177.

(35) Conf.: PEDROL, A., "La anónima actual y la sindicación de acciones", ob. cit., ps. 177 y 178: "Pueden desmembrarse del status de socio aquellos derechos que por su contenido patrimonial son susceptibles de una vida en cierta manera autónoma. Así ocurrirá, por ejemplo, en el derecho a la cuota liquidatoria, en el derecho al dividendo o en el derecho a la suscripción preferente"; AICEGA, M. V., "Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones", en ABREU, G. A.; BALBÍN, S. y AICEGA, M. V. (coords.), Estudios de derecho comercial moderno. En Homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, ob. cit., ps. 165 y 166.

(36) SASOT BETES, M. A y SASOT, M. P., "Sociedades anónimas. Dividendos", Ábaco, Buenos Aires, 1977, p. 28: "El derecho concreto al dividendo..., cronológicamente, se agota cada vez que se ejercita y solo nace nuevamente en la oportunidad que la asamblea declara un nuevo dividendo, que no es reiterativo del anterior, sino otro generado en operaciones sociales, según un nuevo balance de ejercicio". Véase también ZALDÍVAR, E. - MANÓVIL, R. M. - RAGAZZI, G. E. - ROVIRA, A. L., Cuadernos de derecho societario, ob. cit., t. III, p. 329.

(37) ZALDÍVAR, E. - MANÓVIL, R. M. - RAGAZZI, G. E. - ROVIRA, A. L., "Cuadernos de derecho societario", ob. cit., t. III, p. 188.

(38) RICHARD, E. H., "Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas", ob. cit., p. 239: "Este derecho creditorio está sujeto a que, determinada la liquidación de la sociedad y abonadas las obligaciones sociales, exista un activo a repartir, esto es a una condición suspensiva que recién al producirse hará nacer ese derecho individual con contenido creditorio".

Los argumentos que harían concluir en la imposibilidad de ceder el voto (39) son: a) el derecho de voto se trataría de un derecho personalísimo del accionista (40); b) el derecho de voto sería un derecho esencial, mínimo e inderogable (41); c) la escisión del voto del accionista constituiría una violación a la *affectio societatis* (42); d) solo podría estar legitimado para ejercer el derecho de voto el accionista (43); e) la división del voto de la acción supondría una desnaturalización de la acción (44); y f) solo podrían cederse los derechos que por su contenido patrimonial sean pasibles de una existencia autónoma, y entre ellos no se encuentra el voto (45).

No obstante, la doctrina moderna rebate —en posición que comparto— esos argumentos.

Así, se explica (46) que la noción de la esencialidad e inherencia del voto del accionista es un resabio de las legislaciones que adoptaron la idea de "democratización del voto" que nació luego de la Revolución Francesa de 1789. Concretamente en la sociedad anónima se reflejaron las construcciones políticas referidas al voto universal de los ciudadanos (47). No obstante, esos postulados con el correr del tiempo resultaron inadecuados a la realidad de las socieda-

(39) Sigo la sistematización efectuada por ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., ps. 61 y ss.

(40) BROSETA PONT, M., "Manual de derecho comercial", Tecnos, Madrid, 1994, 10ª ed., p. 268.

(41) NISSEN, R. A., "Ley de sociedades comerciales", Ábaco, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 360 y 361

(42) HALPERÍN, I., "Curso de derecho comercial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 210.

(43) FORTÍN, P. J., "Precisiones sobre el derecho de voto del accionista en nuestra legislación", Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990, p. 92.

(44) GARRIGUES, J. y URÍA, R., "Comentario a la ley de sociedades anónimas", Marcial Pons, Madrid, 1976, t. I, pp. 467 y 468.

(45) PEDROL, A., "La anónima actual y la sindicación de acciones", ob. cit., ps. 177 y 178.

(46) ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., p. 39 y ss.

(47) Conf.: GARRIGUES, J. y URÍA, R., "Comentario a la ley de sociedades anónimas", ob. cit., t. I, p. 463.

des (48) y las legislaciones posteriores —como la ley 19.550— los abandonaron reconociendo distintas clases de acciones como las de voto plural (art. 216, LGS) y las que carecen de voto (art. 217, LGS) (49).

El derecho de voto no es un derecho personalísimo del accionista (50), sino un derecho patrimonial (51). Por otra parte, es inexacto afirmar que solo los accionistas pueden participar en la formación de la voluntad social (52) (arg. art. 218, LGS), así como sostener que la cesión del voto supone violar la *affectio societatis*, pues en rigor no existe obligación de votar (53).

Por los argumentos dados, resulta admisible la cesibilidad del voto (54) (arg. arts. 19, CN y

(48) GARRIGUES, J., "Hacia un nuevo derecho mercantil", Tecnos, Madrid, 1971, p. 33.

(49) Conf. ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., p. 40.

(50) Conf. COLOMBO, G., "Los sindicatos accionarios y las tutelas de las minorías", LA LEY, 146-839.

(51) En ese sentido, con referencia al derecho de voto el Dr. Rovira (en "Pactos de socios", Astrea, Buenos Aires, 2006), precisa: "El voto, derecho propio del socio, constituye una herramienta para la consecución de intereses de resultados patrimoniales que no deben ser incompatibles con los intereses sociales y que solo deben resguardarse a los fines de que su disposición no constituya una renuncia en particular y exclusivo interés del que lo dispone". Por su parte, Alterini (en "La acción y el derecho de voto", ob. cit., p. 106) concluye: "Es un derecho patrimonial, pues tutela intereses patrimoniales del accionista. Además, no puede dudarse del mayor valor económico que tienen una acción que confiere derecho de voto respecto de otra que no lo concede".

(52) Basta analizar el caso del usufructuario.

(53) Conf. ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., p. 68.

(54) ZALDÍVAR, E., "Los sindicatos de acciones", LA LEY, 92-983; MATA Y TREJO, G. E., "Otra vez en torno a los pactos de sindicación entre accionistas", LA LEY, 1980-C, 1001; ROVIRA, A. L., Pactos de socios, ob. cit., ps. 203 y 204, 210 y 211; ZAMENFELD, V., "Sobre el derecho a voto del accionista en las sociedades anónimas y los límites a la revocabilidad de su cesión", en ARECHA, M. (dir.), El voto en las sociedades y los concursos, Legis, Buenos Aires, 2007, ps. 89 y 90; ALTERINI, I. E., "La acción y el derecho de voto", ob. cit., ps. 73 y ss.; BARREIRO, M. G. - MIRKIN, G. A., "Derribando un mito: Disociación de la acción y el voto", RDCO 295, 12/04/2019, 485, LALEY AR/DOC/1186/2019.

1616, Cód. Civ. y Com.). Demás está aclarar que el ejercicio de ese derecho de voto cedido deberá respetar el interés social.

En este aspecto es ilustrativo recordar las precisiones efectuadas por el Dr. Anaya respecto de la sindicación y que entiendo aplicables *mutatis mutandis* al ejercicio del derecho de voto cedido: "la consecución de los intereses de los socios no importa de suyo un vejamen para el interés social, que no es extraño superior o diferente del que concierne al socio (...) no habiéndose demostrado que medie contradicción entre ellos ni específica situación de conflicto (...). Extremo tanto más insoslayable cuando se acepta que la validez de los sindicatos no puede ser genéricamente negada" (55).

IV.3. Cesión de determinados derechos al fiduciario con mantenimiento de la calidad de accionista por parte del fiduciante

El fiduciante accionista puede mantener la calidad de tal y solo transferir fiduciariamente uno o varios derechos.

La hipótesis de más interés en la práctica es la de la transmisión fiduciaria del derecho de voto para, por ejemplo, asegurar el cumplimiento de un pacto de accionistas. De este modo el fiduciante accionista "conserva" los restantes derechos, a la par que "asegura" el cumplimiento de ese convenio parasocial.

También en un contrato de fideicomiso se podría transferir fiduciariamente el derecho al dividendo, a la cuota de liquidación, para que —por ejemplo— el fiduciario con esas sumas de dinero haga una inversión determinada, garantice el pago de una deuda al beneficiario en tanto acreedor del fiduciante, etc. Lo propio sucedería con la transferencia fiduciaria del derecho a la suscripción preferente de acciones. Además, en este caso ese fiduciante u otro podría transmitir sumas de dinero para que el fiduciario suscriba las acciones y en su carácter de accionista fiduciario cumpla con otras finalidades indicadas en ese contrato.

(55) CNCom, sala C, "Sánchez, Carlos J. c. Banco de Avellaneda, SA y otros", 22/09/1982, LA LEY, 1983-B, 257, con comentario de Matta y Trejo, Guillermo E., "Un fallo trascendente sobre la validez de los sindicatos de accionistas de sociedades anónimas".

IV.4. Transmisión fiduciaria de la acción que determina al fiduciario como accionista, pero con reserva de derechos por parte del fiduciante transmitente

El fiduciante accionista es un sujeto que por medio de una declaración de voluntad transmitió la propiedad fiduciaria de sus acciones al fiduciario para el cumplimiento de una finalidad, por lo que es de toda lógica que se pueda reservar determinados derechos. Esta reserva de derechos por el constituyente (*settlor*) es muy habitual en el *trust* y se encuentra genéricamente prevista en buena parte de la legislación latinoamericana.

En nuestro ordenamiento jurídico esa posibilidad surge de los arts. 1688 y 1697 (56) del Cód. Civ. y Com. Si el fiduciante se puede reservar el derecho de revocar el contrato y de dar su conformidad para la transmisión de las acciones, sin duda podrá reservarse el ejercicio de otros derechos; v.gr. el derecho al dividendo, el derecho a la cuota de liquidación, el derecho de voto.

IV.5. Transmisión fiduciaria de la acción que determina al fiduciario como accionista y posterior transmisión por este de derechos a los beneficiarios

Se puede presentar el supuesto en el que el fiduciante accionista transmita fiduciariamente sus acciones e instruya al fiduciario para que transfiera al beneficiario determinados derechos; v.gr. el derecho al dividendo, a la suscripción preferente de acciones.

V. La sociedad como fiduciaria

Ya me ocupé del rol que juega el fiduciario como accionista y también expuse que puede ser tanto una persona humana como jurídica. Ahora me adentraré en otra temática; la referida a la sociedad fiduciaria, pero con la mirada puesta en un aspecto en particular que expreso bajo el siguiente interrogante: ¿es necesario que en el objeto social se establezca que la sociedad

está autorizada a concertar contratos de fideicomisos como fiduciaria?

La cuestión no es menor, pues de ello dependerá si el órgano de administración es competente por sí para celebrar ese contrato en calidad de fiduciario, o si —por el contrario— deberá ser el órgano de gobierno el que lo deba autorizar. Todo ello, con las eventuales responsabilidades derivadas.

Se afirma que el objeto social "...está constituido por los actos o categorías de actos que por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad para lograr su fin mediante su ejercicio o actividad" (57). El objeto social es el "medio" escogido por los accionistas para alcanzar el "fin" societario consistente en la obtención de lucro.

Pienso que no es menester que en el objeto se indique que la sociedad se va a dedicar a concertar contratos en rol de fiduciario. Lo verdaderamente importante es si la actividad que se menciona en el estatuto social se encuadra dentro del objeto del fideicomiso que se trate. Así, si la actividad fuera inmobiliaria y el fideicomiso también versara sobre lo inmobiliario habría una total armonía.

Prevengo de un eventual cuestionamiento que en mi visión no conmueve en nada la reflexión que compartí. El fiduciario debe actuar en interés de terceros, estos son el beneficiario y el fideicomisario. Esa actuación en interés de otros desborda a la cuestión objeto social y no desmiente que también la sociedad fiduciaria actúe en interés propio, lo que ocurre es que su interés se concentra en el derecho a la retribución y no en la ejecución desinteresada del contrato de fideicomiso.

Por ello, es que la sociedad fiduciaria nunca podrá actuar de manera intrínsecamente gratuita porque no tiene capacidad de derecho para obrar de esa manera. La capacidad societaria está íntimamente conectada con la finalidad de la persona jurídica que no es otra que la obtención de ganancias (arg. art. 1º, LGS). Dejo a salvo, entonces, a aquellos actos a título gratuito que están directa o indirectamente conectados con otros onerosos.

(56) Art. 1697 del Código Civil y Comercial: "Causales. El fideicomiso se extingue por: (...) b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda...".

(57) HALPERÍN, I., en HALPERÍN, I. y BUTTY, E. M., "Curso de derecho comercial", Depalma, Buenos Aires, 2000, 4ª ed., vol. I, p. 280.

La empresa familiar frente a la Ley de Sociedades

Desajustes legales, concordancias contractuales y la “sociedad por acciones simplificada” como tipo ideal

Eduardo M. Favier Dubois (h.) (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La empresa familiar. Sus valores y necesidades.— III. La empresa familiar frente al derecho societario.— IV. La “causa” en la empresa familiar.— V. El ADN de la empresa familiar. Desajustes.— VI. La rigidez del sistema societario.— VII. La solución contractualista. El protocolo y su valor legal.— VIII. El procedimiento de estructuración societaria.— IX. La elección del tipo social adecuado.— X. Las cláusulas estatutarias de estructuración: sus ventajas.— XI. La autonomía estatutaria.— XII. La cláusula estatutaria sobre el carácter de empresa familiar.— XIII. La “prestación accesoria” de suscribir el protocolo de la empresa familiar.— XIV. Demás cláusulas estatutarias de concordancia entre el sistema de empresa familiar y el societario.— XV. La “sociedad por acciones simplificada” como tipo ideal para la empresa familiar.— XVI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se consideran las diversas situaciones que la empresa familiar puede presentar frente al derecho societario según asuma una estructura jurídica “informal”, “formal” u “organizada”.

Asimismo, se destacan los desajustes que se producen por la diversidad de “causa” entre la sociedad comercial y la empresa familiar, y por las particularidades del ADN de estas últimas, que choca con las reglas societarias.

Partiendo de la necesidad de organizar a la empresa familiar desde la elaboración de un “pro-

toloco familiar”, se analiza el modo de dar a sus estipulaciones efectos “institucionales”, o sea que sean válidas no solo frente a los socios sino también respecto de la sociedad y los terceros.

A tales fines, se propone una estructuración societaria que contemple la adopción de un tipo social adecuado y la incorporación a los contratos y estatutos de diversas cláusulas admitidas por el ordenamiento legal y que permiten compatibilizar al régimen societario con las necesidades de la empresa familiar.

Finalmente se destacan las características de la “sociedad por acciones simplificada” como tipo societario ideal para las empresas familiares.

II. La empresa familiar. Sus valores y necesidades

Cabe aquí recordar que hay “empresa familiar” cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una

(*) Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y profesor titular de Derecho del Crédito, Bursátil e Insolvencia, en la Facultad de Cs. Económicas, ambas de la UBA. Ex juez nacional de comercio.

empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa (1).

También se sostiene que la “empresa familiar” es “aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa” (2).

Y si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que esta sea el sustento de la primera.

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo (3) y presenta grandes fortalezas pero,

(1) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica", ED, t. 236, 17-2-10, p. 2, nro. 2.1.

(2) RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, "La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil", Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000, ps. 23/24, citado por Martorell Zulueta, Purificación "Empresa Familiar y Regímenes Comunitarios" en REYES LÓPEZ, María José (coord.), "La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales", Ed. Aranzadi SA, Navarra, 2004, p. 76, nota 6).

(3) Ver sobre el tema los siguientes aportes publicados en los últimos tiempos: FAVIER DUBOIS, E. M. (h) (dir.), "La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, en la que participaron como coautores de sucesivos capítulos: Tomás M. Araya, María Gabriela Brandám, Ángel F. Cerávolo, Oscar D. Cesaretti, Marcelo de Hoz, Eduardo M. Favier Dubois (h), Viviana Fourcade, María Blanca Galimberti, Martín Giralt Font, Graciela Junqueira, Roberto M. Martín, Victoria S. Masri, Ricardo A. Nissen, Rodrigo N. Rosales Matienzo, Hugo E. Rossi, Candelaria Sandro, Susana Sosa de Irigoyen, Claudio D. Szarlat Dabul, Daniel R. Vítolo y Augusto Weigel Muñoz; También la obra colectiva titulada "Empresas de Familia. Aspectos Societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia", dirigida por Gabriela Calcaterra y Adriana Krasnow, con la coautoría de María Gabriela Anonni, Gabriela

al mismo tiempo, plantea muchas dificultades, derivadas principalmente de su falta de profesionalización, de la falta de planeamiento de la sucesión, de la inexistencia de canales idóneos de comunicación, y de la confusión de límites entre familia y empresa, todo lo que crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad en sus diversos planos: económico, psicológico-relacional y jurídico, de modo de permitir su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad al pasar a las siguientes generaciones.

Dentro de este último plano, se ubica la relación de la empresa familiar con el derecho societario.

III. La empresa familiar frente al derecho societario

Desde el punto de vista de su regulación jurídica, la empresa familiar presenta al menos tres opciones legislativas (4).

Una consiste en regular de una vez un “estatuto jurídico” de la empresa familiar, conteniendo toda una serie de previsiones específicas sobre sus múltiples materias jurídicas: derecho de sociedades, contratos, familia, sucesiones, laboral, fiscal, etc.

Otra consiste en la legislación de un tipo social específico: “la sociedad de familia”, sujeto a reglas propias (5).

Calcaterra, Santiago Dodero, Adriana Krasnow, Jesús Quijano Gonzales, Victoria Schiro y Gloria Torresi, que corresponde a investigaciones realizadas en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editada por La Ley, Buenos Aires, 2010. Además, pueden consultarse los siguientes trabajos: MEDINA, Graciela "Empresa Familiar", LA LEY, 2010-E, ejemplar del 13/09/2010, p. 1 y ss.; y ALTERINI, Ignacio Ezequiel, "El bien de familia frente a la empresa familiar", LA LEY, 2010-F, diario del 09/12/2010, p. 1 y ss.

(4) Seguimos en el punto el trabajo de SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes "Una aproximación jurídica a las empresas y sociedades familiares", en SÁNCHEZ RUIZ (coord.), Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 21 y ss.

(5) Ningún país del mundo lo ha hecho. En Italia, la "empresa de familia" regulada por el art. 230 bis del Cód. Civil, no es más que una empresa individual del padre donde trabajan los familiares bajo normas diversas al contrato de trabajo, con derecho a participar en utilidades, decisiones extraordinarias y en el producido de

Una tercera posibilidad es la de atender por separado sus diversas problemáticas mediante normas puntuales.

Al respecto, la doctrina descarta la primera opción señalando su poca utilidad y las dificultades frente a la gran variedad de empresas familiares.

Por su lado, tampoco se aconseja un tipo social propio por entenderse que la figura estudiada carece de rasgos morfológicos y tipológicos específicos o al menos suficientes para definir jurídicamente un tipo especial de sociedad.

En el punto cabe recordar que la creación de la "sociedad limitada nueva empresa" en España (SLNE, ley 7/2003) se ha considerado un fracaso para contener a la empresa familiar dadas sus importantes limitaciones de socios y capital.

Por ello, en algunas legislaciones, como es el caso de España, lo que se han buscado son soluciones para problemas específicos, tales como introducir normas flexibilizadoras a las sociedades de capital, la publicidad de los protocolos familiares, determinadas ventajas tributarias, el "pacto de familia" para programar la sucesión en la propiedad como excepción a la prohibición de pactos sobre herencias futuras, y la admisión expresa de la inscripción de ciertas cláusulas favorables a la empresa familiar (6).

En nuestro país no existe ni un estatuto jurídico, ni un tipo especial, ni, hasta el año 2015, tampoco medidas puntuales de sustentabilidad jurídica para la empresa familiar (7), debiendo juzgarse su situación bajo la normativa actual.

Sentado ello, y desde el punto de vista del derecho societario, la empresa familiar puede presentar tres estructuras básicas, a saber:

la venta del establecimiento. Ver DE STEFAINIS, Cintia y QUIERCIA, Antonio, "Associazione in partecipazione e impresa familiare", Ed. Maggioli Editore, San Marino, 2009, p. 45 y ss.

(6) SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, ob. cit., p. 22 y ss.

(7) A partir de la vigencia del Cód. Civ. y Comercial existen una serie de instituciones fortalecedoras de las empresas familiares: pactos de herencia futura, reducción de legítima, atribución preferencial, matrimonio por separación de bienes, negocios asociativos, contratos conexos, etc. Ver del autor: "La empresa familiar en el Código Civil y Comercial", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2015.

a) La de una empresa familiar "informal", que se configura cuando se trata de una explotación unipersonal del *pater* (art. 320 Cód. Civ. y Com.) o de una sociedad de la Sec. IV integrada por los familiares (art. 21 y ss. ley 19.550).

b) La de una empresa familiar "formal", cuando se ha formalizado un contrato adoptando un tipo social (arts. 4º, 5º, 7º, y 11 LS), pero este se limita a los contenidos estándar de los estatutos modelo.

c) La de una empresa familiar "organizada", cuando a la instrumentación formal se agrega una reglamentación específica de las relaciones entre la familia y la empresa.

En el caso de una empresa familiar "informal", se presentan los problemas de la confusión entre el patrimonio personal y el empresarial, de la oponibilidad a terceros y de las graves limitaciones para la transmisión de las partes sociales entre vivos o mortis causa (arts. 22 a 26 LS).

En el punto, las soluciones deberán canalizarse por la subsanación de la sociedad simple (art. 25 LS) y/o por el aporte del fondo de comercio a una sociedad comercial típica (art. 44 LS).

Por su lado, en la empresa familiar "formal" pero no organizada, rigen las reglas del tipo social y los menores (art. 28 LS) pueden ser socios con responsabilidad limitada.

Sin embargo, la falta de organización y la ausencia de cláusulas especiales en los contratos o estatutos generan situaciones disvaliosas a partir de la diferencia de "causa" y de las discordancias entre el ADN de las empresas familiares y las reglas de la ley de sociedades.

IV. La "causa" en la empresa familiar

La causa del contrato de sociedad ha sido conceptualizada como "el ejercicio en común de una o más actividades económicas para, en base a las aportaciones, obtener un lucro que sea repartible entre los socios" (8).

(8) BROSETA PONT, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", Ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 164. Ver también GERMÁN, C. Daniel, "Objeto y causa de las sociedades comerciales", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, p. 117. Ver NISSEN, Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales", Astrea, Buenos Aires, 2010, 3ª ed., t. 1, p. 727.

Ahora bien, en el caso de una empresa familiar bajo forma societaria, las razones por las cuales una persona la constituye o se incorpora, conforme con calificada doctrina (9), son distintas a la "causa" societaria referida, y de muy diversa índole, a saber:

- Ofrecer una oportunidad a los hijos.
- Conservar la herencia y el legado familiar.
- Mantener unida a la familiar.
- Crear ventajas económicas y riqueza y garantizar la seguridad económica de la familia.
- Asegurar el mantenimiento de una fuente de ingresos y de proyectos personales tras su retirada.

A su vez, "para los hijos de los fundadores, la decisión de incorporarse a la empresa familiar responde a diferentes razones utilitarias, emotivas o profesionales, como una deuda moral con los padres, la ilusión de continuar un proyecto iniciado por sus progenitores, la posibilidad de seguir una carrera profesional más atractiva en la empresa familiar, luchar por algo que es propio, por una empresa de la que se es propietario, la ilusión de trabajar junto a las personas a las que más se ama" (10).

De lo señalado precedentemente resulta claramente que ni la causa de constitución ni la causa de integración posterior a una empresa familiar se fundan en una mera inversión de capital efectuada con "fin de lucro", sino que ambas causas se fundan en la pertenencia a la familia y consisten en el deseo de colaborar con la continuidad y el crecimiento de la empresa porque ello implica fortalecer al resguardo patrimonial de la familia.

Ello impide considerar al "socio familiar" como un mero "inversor", dotado de determinados derechos patrimoniales individuales e inalienables, fundados en sus aportaciones y en su finalidad contractual, sino que debe considerarse a aquel con un estatuto particular derivado de su propia causa de incorporación y de su ca-

rácter de partícipe interesados en la buena marcha del negocio (11).

Tal conclusión no implica considerar inaplicable el régimen societario al socio de la empresa familiar sino solo predicar, respecto de este, una interpretación diversa e integradora de la normativa societaria con la familiar y con los principios que tutelan a la familia y a la empresa.

V. El ADN de la empresa familiar. Desajustes

Las empresas familiares tienen un "ADN", una cultura, una forma de ser y de actuar, ciertas normas internas, prácticas y valores no escritos a cuyo cumplimiento vinculan emocionalmente su funcionamiento y su continuidad en el tiempo.

Sin embargo, dicha composición genética choca con las reglas societarias según se consigna seguidamente.

V.1. Férreo control del elenco de socios

La empresa familiar no admite que su propiedad pueda pasar a terceros ni a "parientes políticos", debiendo quedar siempre en manos de los parientes "sanguíneos" que trabajen y/o estén comprometidos con la empresa.

En cambio, la ley 19.550 "prohíbe prohibir" la transferencia de acciones (arts. 214 y 152).

V.2. Autofinanciación y no reparto de dividendos

La empresa familiar destina todos sus resultados positivos para su autofinanciamiento, nunca distribuye dividendos y solo retribuye a los familiares que trabajan en ella mediante honorarios y sueldos.

En cambio, la ley 19.550 limita o prohíbe las reservas y/o los honorarios que restrinjan los repartos de utilidades (arts. 66 inc. 3, 70 segunda parte y 261).

V.3. Solución interna de conflictos

En la empresa familiar es necesario que los conflictos entre parientes puedan ser gestionados y ventilados en forma privada y extraju-

(9) GALLO, Miguel Ángel y AMAT, Joan M., "Los secretos de las empresas familiares centenarias", Ed. Deusto, Barcelona, 2003, p. 68.

(10) Ibidem.

(11) OTERO LASTRES, J. M., "Junta general de accionistas de la sociedad anónima familiar", en GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (dir.), obra colectiva La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar, Madrid, 1995, p. 258.

dicial, de modo de preservar la unión familiar y confidencialidad, y que el socio disconforme sea apartado a tiempo para no generar mayores daños.

En cambio, la ley 19.550 manda cualquier litigio a los tribunales a tramitar por las reglas del juicio sumario (art. 15).

V.4. *Unidad de la gestión*

En la empresa familiar la administración debe mantenerse de modo invariable en el tiempo conforme lo dispuesto por la familia, es jerarquizada, generalmente a cargo del fundador o del hijo mayor, las decisiones de administración y de gobierno se adoptan de manera rápida e informal y los procedimientos internos no están formalizados.

En cambio, en la sociedad comercial, los administradores pueden ser cambiados en todo momento por una mayoría circunstancial de socios.

V.5. *Obligatoriedad de acuerdos familiares*

En la empresa familiar existen acuerdos no escritos sobre el trabajo de los parientes y sobre cómo deben hacerse las cosas, que deben ser respetados y cumplidos por los familiares. También suele aceptarse que los bienes sociales (inmuebles, rodados) sean utilizados como si fueran propios por los miembros de la familia sin formalidad ni contraprestación alguna y son comunes los préstamos y ayudas familiares en condiciones magnánimas o sin obligación de devolución. Además, en algunos casos, hay acuerdos escritos o se ha redactado un "protocolo de empresa familiar" para regular las relaciones entre empresa, familia y propiedad.

En cambio, la ley 19.550 prohíbe los actos gratuitos y solo admite la vigencia de "reglamentos" formales, aprobados por los órganos competentes, y que mantengan el fin de lucro (arts. 5° y 251).

VI. La rigidez del sistema societario

Como se adelantó, existe una profusa normativa societaria que choca con la "causa", contra el ADN y contra las necesidades de las empresas familiares, la que termina generando y/o agravando los conflictos.

Entre tales reglas, algunas ya referidas, cabe destacar las siguientes: prohibición de dividendos anticipados (art. 68); limitación para autofinanciación con reservas (art. 70); limitación para honorarios sin dividendos en la SA (art. 261); limitación en contrataciones de administradores con la sociedad (art. 271); administración promiscua de gerentes (art. 157, 2°) y directores (art. 255); libre transmisión de cuotas y acciones a terceros; incorporación automática de herederos políticos (arts. 152 y 214); pesadas formalidades para las reuniones en la Sociedad Anónima (237, 238 y 246); ausencia de normas prácticas para las reuniones en la SRL (art. 159); judicialización de los conflictos (art. 15); falta de límites a la información que puede requerir el socio (art. 55); rigorismo e incertidumbre para la valoración de las partes sociales (art. 13 inc. 5°); virtual prohibición de ayudas familiares (arts. 1° y 58 LS.); imposibilidad o limitaciones para la exclusión o salida de socios (arts. 89, 91, 245); imposibilidad de designar directores *sine die* y de prever sucesores en los cargos (art. 257); revocación *ad nutum* de los cargos de directores y gerentes (arts. 157 y 256); imposibilidad de exigir nuevos aportes a los socios (arts. 151 y 188); disolución por muerte en sociedad de dos socios (art. 94 inc. 8°); ausencia de acuerdos de accionistas y de pactos de sindicación de acciones; y ausencia de reglamentación de diversas funciones internas y externas, entre otras carencias.

VII. La solución contractualista. El protocolo y su valor legal

El medio mundialmente recomendado para estructurar a una empresa familiar, cualquiera sea su forma jurídica, es el denominado "protocolo de la empresa familiar".

Cabe aquí recordar que el protocolo familiar es una reglamentación escrita, lo más completa y detallada posible, suscripta por los miembros de una familia y socios de una empresa, que actúa como un mecanismo preventivo de conflictos (12).

(12) REYES LÓPEZ, María José (coord.), "La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; Ver nuestro trabajo "El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos", en Errepar, DSE, nro. 244, marzo 2008; También en la obra colectiva de FAVIER DUBOIS (h), E. M. (dir.), titulada "La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e

Básicamente regula las relaciones entre la familia, la propiedad de la empresa y la gestión de esta **(13)**. Es una suerte de carta de navegación para prevenir futuros conflictos. Constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización.

El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como “un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de materia unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar” **(14)**.

Cabe asimilarlo a los *shareholders agreements* de Estados Unidos y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la *joint venture* **(15)**.

Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente técnico resulta imposible atribuirle una naturaleza jurídica unitaria sobre la base de la variedad de contenidos y alcances de sus diversas cláusulas.

instrumentación”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, los trabajos de María Susana Sosa de Irigoyen “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en p. 235 y ss.; MASRI, Victoria, “El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar” en p. 279 y ss.; y ROSALES MATIENZO, Rodrigo Nicolás, “Modelo de Protocolo Familiar”, en p. 369 y ss.

(13) El art. 2 inc. 1° del R. Decreto Español 171 del 09/02/2007 lo define como “el conjunto de pactos suscriptos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

(14) RODRÍGUEZ APARICIO, J. A. y TORRES, C. Agustín, “La empresa familiar y el derecho civil”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nro. 12, 3ª época, mayo 1999, p. 44.

(15) GORTÁZAR, Carlos, “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en AMAT, J. M. y CORONA, Juan F. (eds.), “El protocolo familiar. La experiencia de una década”, Ed. Deusto, Barcelona, 2007, p. 196.

Es por eso por lo que se ha sostenido que el protocolo es un “instrumento jurídico incompleto” **(16)**.

Así, en función del grado de vinculación jurídica que se otorgue, pueden apreciarse tres tipos de cláusulas en los protocolos o, en su caso, tres clases diversas de protocolos **(17)**:

a) El “pacto de caballeros”, cuando su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.

b) El protocolo “contractual”, que vincula a los firmantes jurídicamente pudiéndose accionar judicialmente por cumplimiento o inexecución y reclamarse medidas cautelares, lo que exige precisión jurídica y compatibilidad con el ordenamiento general.

c) El protocolo “institucional”, cuando es posible oponer el mismo frente a terceros que no lo hayan suscripto, lo que exige traslación a instrumentos societarios.

En la práctica, para discernir entre un pacto de caballeros y un contrato habrá que analizar frente a qué clase de protocolo o cláusula se está y cuál fue la intención de las partes conforme a su texto expreso y frente al contenido implícito que resulte del contexto familiar al momento de la suscripción y de la ejecución y del marco legal **(18)**.

Sin embargo, en cuanto al protocolo “institucional”, para configurarlo será necesario, como se dijo, acudir a instrumentos jurídicos complementarios que puedan otorgarle eficacia frente a terceros.

También habrá que tener en cuenta los límites que tiene el protocolo y/o sus cláusulas, para su valor legal, resultante de las normas indisponi-

(16) DIEZ SOTO, Carlos Manuel, “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica” en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.) Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 174 y ss.

(17) GORTÁZAR, Carlos, ob. cit., p. 197.

(18) Ver FAVIER DUBOIS (h), E. M., “La contratación en la empresa familiar: el protocolo familiar y su valor legal”, en la “Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia”, Ed. Legis, Buenos Aires, año 2-2011, nro. 1, p. 3.

bles del ordenamiento jurídico (19), sin perjuicio de su valor moral residual.

Es por eso por lo que una vez elaborado, consensuado y suscripto el protocolo, se hace conveniente trasladarlo a diversos instrumentos jurídicos tales como los estatutos (20), las prestaciones accesorias (21) y los reglamentos (22), de modo de ir dando la mayor fuerza jurídica posible (validez y oponibilidad) que cada previsión admita (23).

VIII. El procedimiento de estructuración societaria

Como se dijo, una vez elaborado el protocolo se hace necesario trasladarlo a la esfera societaria de modo de darle valor "institucional", esto es frente a todos los socios, la sociedad y los terceros.

A tales fines corresponderá analizar, en primer lugar, la adopción del tipo social más adecuado y, en segundo término, la incorporación al contrato o estatuto de las diversas cláusulas disponibles para la estructuración.

(19) ACHARES-DI ORIO, Federico, "El protocolo familiar. A propósito de la autonomía de la voluntad, sus límites y el contrato social", RDCO, nro. 240, p. 1 y ss.

(20) Ver del autor "Cláusulas contractuales y pretensiones Judiciales en los conflictos societarios en SRL. Estrategias a la luz de la jurisprudencia", en el libro "Nuevas Doctrinas Judiciales en Materia de Sociedades Comerciales", Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las C. Jurídicas, Buenos Aires, 2009, p. 65.

(21) QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, "El protocolo de las empresas familiares", cit. en "Empresas de Familia...", ob. cit., p. 572.

(22) Ver la obra de MARINELLI, José Luis, "Reglamentos internos de las sociedades anónimas. Teoría y práctica", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 19 y ss. donde cita una definición más breve de ZALDÍVAR, Enrique en "Los reglamentos internos de las sociedades comerciales", LA LEY, 1981-D, 979. La obra de José Luis Marinelli, que cuenta con un lúcido prólogo de Hugo Enrique Rossi, tiene el gran mérito de haber reinstalado el tema de los reglamentos en nuestro medio.

(23) Ver SÁNCHEZ CRESPO CASANOVA, Antonio J., "El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución", Ed. Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, p. 145 y ss.

IX. La elección del tipo social adecuado

Por razones de responsabilidad, las opciones clásicas sobre el tipo social adecuado se circunscriben a elegir entre la SRL y la SA (24).

Analizaremos a continuación las fortalezas y debilidades de cada uno de esos tipos, desde el punto de vista de su utilidad para servir de cobertura societaria de la empresa familiar.

IX.1. Sociedad de Responsabilidad Limitada

Pueden señalarse como fortalezas que se trata de un tipo social más personalista que el de la SA y con menor aplicación de normas imperativas, mayor flexibilidad documental, duración indefinida de cargos y limitaciones a la remoción, ausencia de publicidad contable, préstamos a los socios sin impuestos, cuotas suplementarias, exclusión de socio en ciertos casos, posibilidad de pactar ingreso o no ingreso de herederos y la posibilidad de comprar cuotas por la sociedad en derecho de preferencia.

Pero al mismo tiempo, presenta como debilidades su menor status comercial, la publicidad de las titularidades de cuotas en el Registro Público de Comercio, sin control por la sociedad de los ingresos y egresos de socios, prendas o embargos, limitaciones a la financiación externa, no cotiza cuotas en la bolsa, no puede emitir obligaciones negociables, no puede emitir cuotas preferidas, existe responsabilidad solidaria por los aportes de otros socios y hay límites a la cantidad de socios [50].

IX.2. Sociedad Anónima

Sus fortalezas son su mejor estatus comercial, la confidencialidad de titularidades y control de ingresos de socios, embargos y prendas, las posibilidades de mayor financiación externa, la limitación de responsabilidad por aporte

(24) No se descarta como opción a la sociedad en comandita por acciones en la medida en que un cónyuge fuera solidario y el otro comanditario, sin embargo, la responsabilidad ilimitada del socio solidario y la poca clara estructuración legal del tipo la hacen difícilmente aconsejable. Por su lado, sí cabe descartar a la sociedad civil (art. 1648 del Cód. Civil) ya que, si bien puede tener como objeto social uno que sea meramente extractivo, sin transformación (agropecuario, minero), profesional o de compraventa de inmuebles, los cónyuges carecen de capacidad para integrarla.

propio, la ausencia de límite a la cantidad de socios, admite bonos de goce para fundadores por amortización de acciones y permite una mayor reglamentación formal.

Por su parte, se destacan como debilidades que es menos personalista, su pesada carga formal (libros, edictos, comunicaciones de asistencia, etc.), la unanimidad rigurosa en asambleas, la duración limitada de cargos y remoción *ad nutum* de los directores, el depósito de los balances (publicidad contable), impuestos a los préstamos de socios, la fiscalización externa (IGJ: tasas, denuncias, art. 299, etc.), no puede participar en SRL, no hay exclusión de socios prevista y la compra de acciones por la propia sociedad se encuentra condicionada (art. 220).

IX.3. Evaluación

Las fortalezas y debilidades de una y otra aparecen, en general, compensadas.

Para una empresa familiar en su primera generación y sin una complejidad especial la SRL parece el tipo más adecuado por su carácter personalista y más económico (25).

Cuando la familiar y la empresa crecen la figura de la SA se ubica como mejor predisuelta.

Como se ve, el diverso estado de la familia (primera, segunda o tercera generación) y de la empresa (fundación, crecimiento, estabilidad, expansión) determinarán la conveniencia de adoptar uno u otro tipo.

Sin embargo, la clave radica en la estructuración interna que se establezca más allá del tipo social elegido, destacándose que la SA presenta algunas ventajas al permitir mayores formalizaciones pero, al mismo tiempo, carece de la posibilidad de garantizar la estabilidad del administrador, que sí la tiene la SRL (26).

(25) DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L., "Formas societarias y empresa familiar", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.) Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 38 y ss.

(26) Según el maestro Julio Otaegui, solo en la SA del art. 299 LS existiría orden público societario, por lo que tanto la SRL como la SA cerrada serían aptas para la E.F., conforme opinión vertida en la Jornada referida en el cap. 9º, nota 91.

A su vez la SRL aparece mejor preparada para resistir los conflictos internos (27) mientras que la SA está mejor capacitada para crecer y actuar en el exterior (28).

Un formato mixto y en muchos casos recomendable, es crear un SRL como *holding* (29) de una o más sociedades anónimas operativas (30), lo que implicará contar, al mismo tiempo, con las ventajas personalistas de la SRL para el manejo entre socios (v.gr. duración de gerentes por tiempo ilimitado) y con las ventajas financieras previstas para la sociedad anónima (v.gr. acciones preferidas, emisión de obligaciones negociables, cotización bursátil).

X. Las cláusulas estatutarias de estructuración: sus ventajas

La incorporación de cláusulas estatutarias resulta sumamente ventajosa para la debida estructuración de la empresa familiar en tanto, una vez inscriptas en el Registro Público de Comercio, gozarán de los siguientes efectos:

- Oponibilidad de todos los socios actuales, a los futuros socios y a los administradores no socios.

- Presunción de validez y de exactitud nacida de su inscripción (arts. 6º y 7º LS).

(27) Téngase en cuenta que no está sujeta a fiscalización estatal (arts. 299 y 300 LS) y, en consecuencia, el poder del minoritario en conflicto no podrá acrecentarse por la intervención de la autoridad de contralor (denuncias, multas, concurrencia de inspectores, asambleas administrativas, pedidos judiciales de intervención y disolución, etc.). Ver FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia", Errepar, DSE, nro. 269, t. XXII, abril 2010, p. 340, en coautoría con Eduardo M. Favier Dubois (p).

(28) SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, "Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.), Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 44.

(29) Ver FAVIER DUBOIS (h). E. M., "La sociedad 'holding' y la sociedad 'filial' en el derecho argentino", Errepar, DSE, nro. 276, t. XXII, noviembre 2010, p. 1189, en coautoría con Eduardo M. Favier Dubois (pater).

(30) Ver CUESTA LÓPEZ, José Valeriano, "Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar", Ed. Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia, 2001, p. 46.

- Su eventual violación autoriza la promoción de la acción de nulidad de decisiones asamblearias (art. 251 LS).

También dichas cláusulas pueden prever el dictado de reglamentos societarios, cuyos contenidos tendrían los mismos efectos.

XI. La autonomía estatutaria (31)

Nos referimos aquí a la posibilidad legal de que los fundadores de la SRL o SA y/o de que sus socios o accionistas, introduzcan en el estatuto cláusulas para la estructuración de la empresa familiar no previstas expresamente en la ley de sociedades.

Al respecto, consideramos que existe autonomía estatutaria sobre la base de que la propia ley ordena consignar en el instrumento de constitución "...las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y las obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros...y las cláusulas atinentes al funcionamiento...de la sociedad..." (art. 11 incs. 8° y 9° ley 19.550) lo que, a nuestro juicio, incluye la facultad de fijar mecanismos de funcionamiento de la empresa familiar.

Al respecto destaca el profesor Richard que en el derecho societario hay solo dos límites a la generación de preceptos por la autonomía de la voluntad: uno general, vinculado a no afectar derechos de terceros, dentro del marco de los arts. 1195, 1197 y 1198 del Cód. Civil, y otro consistente en no afectar la tipicidad societaria, conforme con las previsiones del art. 17 LS (32).

El mismo autor distingue tres tipos de normas legales organizativas: a) imperativas, b) dispositivas y c) interpretativas, destacando que solo las primeras imponen límites a la autonomía de la voluntad de los socios e, inclusive, sostiene

(31) Ver nuestro trabajo "Cláusulas contractuales y pretensiones judiciales en los conflictos de SRL. Estrategias a la luz de la jurisprudencia", en el libro "Nuevas Doctrinas Judiciales en Materia de Sociedades Comerciales", Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las C. Jurídicas, Buenos Aires, 2009, p. 65.

(32) RICHARD, Efraín Hugo, "Libertad asociativa y autonomía estatutaria" en "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, t. I, p. 327.

que las normas imperativas "implícitas" deben interpretarse restrictivamente (33).

La moderna doctrina nacional, que compartimos (34), es pacífica en cuanto a la posibilidad de incorporar cláusulas estatutarias basadas en la autonomía de la voluntad y con los límites señalados (35).

Por su parte, en España, el real decreto 171/2007 ordenó al Registro Mercantil inscribir las siguientes cláusulas por considerarlas congruentes con el derecho societario: a) arbitraje societario; b) cláusulas penales; c) procedimientos de valoración de acciones; d) creación de órganos consultivos familiares (36).

En consecuencia, cabe concluir que los socios poseen la facultad de introducir tales cláusulas, sea en el momento fundacional, o con posterioridad por vía de la reforma del estatuto y con las mayorías correspondientes.

XII. La cláusula estatutaria sobre el carácter de empresa familiar

Para comenzar, juzgamos muy importante insertar una cláusula donde conste la condición de empresa familiar en el estatuto o contrato social (37), en tanto ello implicará reconocimiento de tal condición por todos los socios y, al mismo tiempo, la aplicación de criterios valorativos específicos.

Al respecto, como señalamos *supra*, ni la causa de constitución ni la causa de integración

(33) RICHARD, Efraín Hugo, ob. cit., p. 330.

(34) Ver de los autores "Condiciones estatutarias para el desempeño del cargo de director de sociedad anónima", Errepar, DSE, nro. 279, t. XXII, febrero 2011, p. 141

(35) FRIDMAN, Susana Alejandra, "La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social", p. 253; TOM, Walter Rubén, "El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa respetando la autonomía de la voluntad", p. 341, ambos en la obra colectiva "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, t. I.

(36) SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, "Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.), Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 59 y ss.

(37) CESARETTI, Oscar, exposición vertida en la Jornada referida en el cap. 9, nota 91.

posterior a una empresa familiar instrumentada como sociedad se fundan en una mera inversión de capital efectuada con "fin de lucro", sino que ambas causas se fundan en la pertenencia a la familia y consisten en el deseo de colaborar con la continuidad y el crecimiento de la empresa porque ello implica fortalecer al resguardo patrimonial de la familia (38).

Ello impide considerar al "socio familiar" como un mero "inversor", dotado de determinados derechos patrimoniales individuales e inalienables, fundados en sus aportaciones y en su finalidad contractual, sino que debe considerarse a aquel con un estatuto particular derivado de su propia causa de incorporación y de su carácter de partícipe interesados en la buena marcha del negocio (39).

Tal circunstancia se proyecta sobre la admisibilidad legal e interpretación de ciertas cláusulas en materia de "razonabilidad de las reservas voluntarias", "validez interna de los actos gratuitos de ayudas familiares", "presunción de gratuidad de las adquisiciones de acciones", "obligatoriedad de ciertos procedimientos internos considerados como reglamentos de hecho" y "beneficio de competencia entre la sociedad y los socios" (40).

XIII. La "prestación accesoria" de suscribir el protocolo de la empresa familiar

Sabido es que el régimen legal de las sociedades anónimas expresamente admite la posibilidad de "prestaciones accesorias", con sus características de potestativas, admisibles en toda sociedad regular, no integrantes del capital, fundadas en el contrato social, con objeto preciso que veda las prestaciones dinerarias y con una naturaleza jurídica que se ha definido como de "cuasi aportes" (41).

(38) Ver FAVIER DUBOIS (h), E. M. y FAVIER DUBOIS (p), E. M., "La empresa familiar: hacia su debida interpretación doctrinaria y estructuración jurídica", Errepar, DSE, nro. 277, t. XXII, diciembre 2010, p. 1305.

(39) OTERO LASTRES, J. M., ob. cit.

(40) Ver FAVIER DUBOIS (h), E. M. y FAVIER DUBOIS (p), E. M. "La empresa familiar: hacia su debida interpretación...", ob. cit., ps. 1305/1310.

(41) FAVIER DUBOIS (p), E. M., "Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto", RDCO, año 24, t. 1991, B, p. 90, nro. 1.6.

La normativa está contenida en el art. 50 de la ley 19.550 que establece que la transmisión de las acciones a las que las prestaciones accesorias sean conexas requerirá, además de su nominatividad (hoy general), la conformidad del directorio (42).

El mismo art. 50, en su inciso primero, impone al contrato social precisar las sanciones a aplicar al socio en caso de incumplimiento de la prestación.

En dicho ámbito, entendemos que resulta posible pactar en los estatutos sociales una prestación accesoria por la cual todos los socios se obligan a "suscribir" el protocolo de la empresa familiar.

De tal suerte, el ingreso de nuevos socios, por vía de transmisión entre vivos o por causa de muerte, los obligará a cumplir con la suscripción del protocolo y, por ende, los sujetará a las normas de este (43).

Si bien está discutida la posibilidad adicional de incluir también como prestación accesoria el debido "cumplimiento" del protocolo (44), entendemos que las objeciones deben ceder siempre que el protocolo se encuentre a disposición de los socios en la sede social y se haga una puntual remisión a cláusulas determinadas de este con contenidos específicos.

XIV. Demás cláusulas estatutarias de concordancia entre el sistema de empresa familiar y el societario (45)

Hacemos referencia, a continuación, sobre la posibilidad de insertar cláusulas estatutarias

(42) Ver VÍTOLO, Daniel R., "Aportes, capital social e infracapitalización en las sociedades comerciales", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2010, p. 226.

(43) DIEZ SOTO, Carlos Manuel, "El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica" en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.) Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 181.

(44) SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes "Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.), Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 52 y ss.

(45) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Cláusulas contractuales y pretensiones Judiciales en los conflictos socie-

que sean consistentes con el protocolo de la empresa familiar.

También sobre la posibilidad de prever diversos "reglamentos societarios".

A tal efecto, siguiendo el orden de los capítulos y de las temáticas que son generalmente desarrolladas en los textos de los protocolos familiares, formulamos a continuación algunas propuestas que entendemos de utilidad para ser receptadas, en todo o en parte, según las circunstancias de cada caso.

A. La empresa, la familia y sus valores

- Cláusula sobre el carácter de empresa familiar de la sociedad comercial de que se trate **(46)**.

B. Relaciones y límites entre familia y empresa

- Constituciones de reservas estatutarias para la financiación de la sociedad (art. 63, 2º, II, b) **(47)**.

- Criterios para el reparto de dividendos (arts. 68 y 234 inc. 1º).

- Reservas estatutarias con fines de ayudas familiares fijadas por reglamento (art. 63, 2º, II, b).

- Previsión de reglamento sobre contratos (prestamos) de administradores y socios con la sociedad y pacto del beneficio de competencia (art. 271).

- Previsión de un reglamento sobre el uso de bienes sociales (art. 271).

- Previsión de un reglamento sobre el trabajo de familiares en la empresa (art. 23 LCT). **(48)**.

tarios en SRL. Estrategias a la luz de la jurisprudencia", en el libro "Nuevas Doctrinas Judiciales en Materia de Sociedades Comerciales", Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las C. Jurídicas, Buenos Aires, 2009, p. 65.

(46) Ver cap. 11.

(47) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "La financiación de la Empresa Familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal", LA LEY, 2010-C, 1225 y ss.

(48) Ver MARINELLI, José Luis, "Reglamentos internos de las sociedades comerciales", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 105.

C. Reglas de administración y buen gobierno

- Condiciones requeridas para ser director o gerente (arts. 157 y 256) **(49)**.

- Funciones diferenciadas del directorio o la gerencia (arts. 157 y 274).

- Fijación de los honorarios de directores y gerentes (arts. 71 y 261).

- Previsión de reglamento sobre funcionamiento del directorio o de la gerencia (arts. 5, 157 y 260) **(50)**.

- Sometimiento de ciertas decisiones del directorio o gerencia a la asamblea (art. 234 inc. 1º).

- Previsión de un reglamento sobre funcionamiento de la asamblea o del órgano de gobierno (arts. 5, 159 y 233) **(51)**.

- Mayorías agravadas o reducidas para ciertas decisiones en interés familiar o personal de los familiares (arts. 160, 243 y 244) **(52)**.

- Previsión de una reglamentación del funcionamiento de la sindicatura y del consejo de vigilancia (arts. 5, 281 y 284).

- Reglamentación del derecho de información del socio para evitar conflictos e interferencias (art. 55) **(53)**.

(49) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Condiciones estatutarias para el desempeño del cargo de director de sociedad anónima", Errepar, DSE, nro. 279, t. XXII, febrero 2011, p. 141 en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (pater).

(50) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "El reglamento del directorio en la Sociedad Anónima", Errepar, DSE, nro. 271, t. XXII, julio 2010, p. 704, en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h).

(51) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", Errepar, DSE, nro. 274, t. XXII, septiembre 2010, p. 977, en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (pater).

(52) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Resoluciones sociales en la SRL los problemas del modo de deliberar, quorum, mayorías y el voto del minoritario", Errepar, DSE nro. 264, t. XXI, noviembre 2009, p. 1217, en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (pater).

(53) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "El derecho de información del socio y el examen de los libros sociales: funcionamiento, alcances y límites", Errepar, DSE, nro. 273,

- Mecanismos de desempate y de manejo del impasse en las sociedades de hermanos con iguales tenencias (50 y 50) (arts. 160, 243 y 244).

D. Manejo de las comunicaciones y relaciones personales

- Creación de un comité o consejo consultivo que cumpla la misión del Consejo de Familia, con funciones de dictamen previo necesario, pero no vinculante (54).

- Previsión de notificaciones personales adicionales y previas a las asambleas de SA (art. 237).

- Reglamentación de la utilización de medios informáticos para las comunicaciones entre los socios (TICS) (arts. 159 y 237).

E. Distribución y mantenimiento de la propiedad en manos de la familia

- Limitaciones a la transferencia de acciones o cuotas de modo de evitar el ingreso de no familiares (153 y 214) (55).

- Cláusulas de acompañamiento o de arrastre en los casos de transferencias de acciones o cuotas (153 y 214).

t. XXII, agosto 2010, p. 821, en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (pater).

(54) En España, el Real Decreto 17/2007 admite la inscripción de una cláusula de creación de un Comité Consultivo, con funciones de asesoramiento, como modo de dar cabida a un órgano familiar. Ver VERDÚ CAÑETE, María José, "Estructura orgánica de la sociedad familiar", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.), Régimen Jurídico de la Empresa Familiar, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 95. Ver en nuestro país ARECHA, Martín, "Órganos societarios voluntarios no típicos (utilidad en el funcionamiento y la resolución de conflictos en las sociedades, particularmente en las de familia)", en: XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, Fidas, 2010, t. I, pp. 49 y ss.

(55) Ver CUESTA LÓPEZ, José Valeriano, "Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar", Ed. Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia, 2001, p. 89 y ss. Ver también FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones", en *Doctrina Societaria y concursal*, Edit. Errepar, t. II, p. 248, agosto de 1989, y en la obra colectiva "Transferencias y negocios sobre acciones", de FAVIER DUBOIS (dir.), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 153.

- Criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o cuotas en caso de transferencia o adquisición por la sociedad (arts. 13, 92 y 245) (56).

- Cláusulas que autorizan la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras (art. 89).

- Compra por la sociedad de sus propias acciones o cuotas, con o sin aumento de capital (arts. 153 y 220) (57).

F. El proceso de sucesión en la propiedad y en la gestión

- Duración indeterminada del cargo de gerente como condición del contrato para programar la sucesión en la gestión en la SRL e independizarla de la sucesión en la propiedad (art. 157 in fine).

- Cláusulas reglamentando la incorporación de los herederos (art. 155 y 209).

- Cláusulas de no incorporación de herederos de modo de evitar el ingreso de parientes políticos o el aumento desproporcionado de los socios familiares, adquiriendo su parte los otros socios y/o la sociedad, pudiendo financiarse con un sistema de seguros cruzados (89 y 155) (58).

- Diversas clases de acciones por ramas familiares para la sucesión en la propiedad en la SA (art. 207).

- Amortización de acciones y emisión de bonos de goce para directores que se retiren en la SA (arts. 223 y 228).

- Beneficios para los fundadores (art. 185).

(56) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "El cómputo del último balance de ejercicio a los efectos de la determinación del valor real de las acciones en caso de transferencia voluntaria", Errepar, DSE, nro. 259, junio 2009, T. XXI, p. 643, en coautoría con E. M. FAVIER DUBOIS (pater).

(57) Ver FAVIER DUBOIS (h), E. M., "La compra de propias cuotas por la SRL, la demanda y el derecho de información del socio en un caso judicial", Errepar, DSE, nro. 265, t. XXI, diciembre 2009, p. 1317, en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (pater).

(58) GLIKIN, Leonardo J. y HERS, Liliana I., "Buy-sell agreement (convenios de compraventa de participación societaria mortis causa)", XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, Fidas, 2010, t. II, pp. 133 y ss.

- Reglamentación del usufructo y condominio de acciones o cuotas por parte de donatarios y herederos (arts. 156, 207 y 218).

G. Conflictos, ejecución e interpretación

- Mecanismos para detectar, gestionar y solucionar conflictos entre los socios y entre estos y la sociedad (59).

- Cláusula arbitral para dirimir conflictos (arts. 75 RG 7/2005 IGJ y 38 dec. 677/2001) (60).

- Cláusulas penales por determinados incumplimientos (art. 11 inc. 8º) (61).

- Causales de exclusión de socios por inconducta en cualquier tipo social y reglamentación del derecho de defensa (arts. 89 y 91) (62).

- Creación de una prestación accesoria consistente en suscribir y/o cumplir el protocolo que sea obligatoria para los nuevos adquirentes de las acciones y con exclusión del socio para el caso de incumplimiento (art. 50) (63).

- Cláusula de cómo interpretar las cláusulas del estatuto y reglamentos (art. 11 inc. 8º).

XV. La "sociedad por acciones simplificada" como tipo ideal para la empresa familiar

Por último, la irrupción del nuevo tipo societario de "Sociedad por Acciones Simplificada", de la ley 27.349, implica un instrumento mejorable para armonizar el ADN de la empresa familiar con el régimen societario, lo que la convierte en un tipo ideal (64).

(59) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución", LA LEY, 2010-E, 675.

(60) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "Negociación, mediación y arbitraje en los conflictos societarios". Errepar, DSE, nro. 281, t. XXIII, abril 2011, p. 381, en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (p).

(61) Admitidas expresamente por el Real Decreto 171/2007 de España.

(62) FAVIER DUBOIS (h), E. M., "La exclusión de socios en la sociedad anónima", Errepar, DSE, nro. 282, t. XXIII, mayo 2011, p. 504 en coautoría con Eduardo M. FAVIER DUBOIS (p).

(63) Ver cap. 12.

(64) Salvo que la sociedad se encuentre incluida en alguna de las situaciones de los incs. 3-6 del art. 299 LGS y, por ende, no pueda ser una SAS (art. 39 LACE).

Ello sobre la base de que, en la SAS, por su régimen de prelación normativa sobre la ley 19.550 (art. 33 LACE), los socios tienen gran libertad para incorporar a sus estatutos las cláusulas relativas a los derechos de los socios y a sus relaciones con la sociedad, con el único límite de no afectar a terceros acreedores.

Existen, pues, ventajas que la empresa familiar podrá obtener si se constituye como SAS o si se transforma en SAS abandonando su tipo societario actual. Estas ventajas son congruentes con el ADN de las empresas familiares y apuntarán directamente a su fortalecimiento y continuación en el tiempo, y son las siguientes:

XV.1. Prohibición de transferencia de acciones por diez años (art. 48) y otras limitaciones

Entendemos que la prohibición, en la medida en que esté expresamente incorporada a los estatutos e inscripta en el registro público de comercio, es oponible a terceros, y, en consecuencia, no podrán ingresar a la sociedad por diez años, ni aún en caso de muerte, divorcio o remate, siendo sus derechos similares a los de los acreedores del socio en la sociedad colectiva (art. 57, primer párrafo, LGS) pero solo durante el plazo pactado, produciéndose el ingreso con posterioridad.

Ahora bien, el estatuto puede incorporar al mismo tiempo el derecho de preferencia para una vez vencidos los diez años, fortaleciendo el impedimento del ingreso de socios no deseados. También el estatuto podrá disponer condiciones para ser socio, como por ejemplo ser descendiente sanguíneo del fundador, limitación que se justifica mientras se trate de una empresa familiar. Es muy importante, frente a la prohibición de transferencia, que el estatuto prevea la autorización para la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras.

En cuanto al mantenimiento del poder del *pater* en los casos de donaciones de acciones a sus hijos, podrá hacerse con reserva de usufructo a favor del donante, quien podrá retener, inclusive, todos los derechos políticos como derivación de la gran flexibilidad estatutaria de la SAS.

Finalmente, es posible incorporar una cláusula de exclusión del socio que permita separar al

familiar en conflicto aplicando el art. 90 LGS a la SAS, reglamentando los casos de justa causa vinculándolos al funcionamiento de la empresa familiar.

XV.2. Incorporación estatutaria del régimen de autofinanciación y de retribuciones

Ello exige establecer en los estatutos cuáles serán los criterios para disponer de los resultados, sea por vía de reservas, de aumentos de capital o de distribución, pudiéndose tener en cuenta, al respecto, las relaciones entre activos corrientes y pasivos corrientes. También será importante dejar establecidas las pautas para los honorarios de directores y gerentes y para las demás retribuciones.

XV.3. Gestión y solución amigable de conflictos. El arbitraje (art. 57)

La LACE expresamente prevé la posibilidad de gestionar y resolver las controversias por medios extrajudiciales en normativa que, al ser posterior al Cód. Civ. y Com., no se ve afectada por el límite de su art. 1661, inc. b), aun cuando el estatuto de la SAS pueda considerarse un contrato por adhesión frente a un nuevo socio que se incorpora. También pueden reglamentarse las impugnaciones a las decisiones sociales en forma diversa a la del art. 251 de la LGS, estableciendo otros plazos y otras consecuencias y remitiéndolas a un tribunal arbitral. Igualmente, puede reglamentarse el derecho de información del socio, para que no obstaculice el funcionamiento social, como así admitirse expresamente la aprobación de la propia gestión con efectos intrasocietarios y sin que afecte la situación de terceros.

Un tema fundamental es el del “empate” en empresas familiares donde hay dos ramas con el 50% cada una. Para ello, son fundamentales las cláusulas que incorporan mecanismos de desempate, sea en el órgano de administración o en el órgano de gobierno **(65)**.

(65) Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p.), "Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación", *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, nro. 306, 2013 (t. XXV), p. 451.

XV.4. Mantenimiento de la unidad en la gestión

La SAS permite incorporar cláusulas que permitan mantener la administración de la sociedad conforme a los intereses familiares. En cuanto a la persona del administrador, sin perjuicio de exigir que sea una persona humana, la LACE permite que el estatuto fije libremente la duración de los cargos de los administradores, lo que posibilita que sean elegidos sin plazo de terminación, o que se establezca un sistema de suplencias, o que se prevea que al cesar una persona (p. ej., el padre) se determinará otra como administradora (p. ej., uno de los hijos). También el estatuto puede establecer las condiciones requeridas para ser administrador, imponiendo la pertenencia a la familia o a una rama familiar.

En lo que se refiere a los órganos de la administración, la ley permite elegir libremente su nombre y funcionamiento. Es así como la SAS familiar podrá tener gerencia o directorio y ser dirigida por un gerente, presidente o lisa y llanamente un administrador, reglamentando libremente la organización cuando se trate de un órgano colegiado, donde puede ser muy importante establecer funciones diferenciadas. También podrá denominar al órgano de administración como “Consejo de Administración” o de cualquier otra forma.

En materia de remoción, puede pactarse que no pueda hacerse por mayoría, sino que requiera justa causa, lo que garantiza al administrador frente a las decisiones circunstanciales. También podrá asegurarse la no remoción por mayoría del administrador mediante algún sistema de acciones con voto plural o de clases de acciones o de veto del fundador.

Adicionalmente, puede incorporarse algún órgano con un carácter consultivo o con derecho de veto, como puede ser el “Consejo de Familia”, propio de las estructuraciones familiares.

XV.5. Incorporación de acuerdos sociales con carácter obligatorio

Dada la flexibilidad estatutaria y el principio de libertad, es posible que el estatuto de la SAS incorpore diversas cláusulas del protocolo de la empresa familiar y, de tal modo, estas se hagan

obligatorias para los socios y oponibles a los terceros, mientras no vulneren la normativa de la SAS.

Como una opción de menor fuerza, pero que puede interesar por la confidencialidad, puede incorporarse, en lugar de cláusulas de protocolo, la obligación de suscribirlo. Cabe recordar al respecto que el régimen legal de las SA expresamente admite la posibilidad de prestaciones accesorias, con sus características de potestativas, admisibles en toda sociedad regular, no integrantes del capital, fundadas en el contrato social, con objeto preciso que veda las prestaciones dinerarias y con una naturaleza jurídica que se ha definido como de “cuasi aportes” (66). De tal suerte, el ingreso de nuevos socios, por vía de transmisión entre vivos o por causa de muerte, los obligará a cumplir con la suscripción del protocolo y, por ende, los sujetará a las normas de este (67).

Finalmente, cuando no hay protocolo, otros acuerdos familiares pueden ser incorporados a los estatutos de la SAS, por ejemplo, las reglas para el trabajo de familiares en la empresa, el uso por los familiares de los bienes sociales y los préstamos o ayudas familiares, materias que siempre plantean importantes conflictos.

XVI. Conclusiones

Siempre a título de propuestas interpretativas, sujetas a la dialéctica de las ideas (68), proponemos las siguientes conclusiones:

- Frente a la enorme trascendencia de la empresa familiar en todo el mundo, aparecen debilidades que deben ser atendidas mediante el uso de ciertos instrumentos y herramientas, entre los que se cuenta el régimen societario.

(66) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p.), "Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y proyección de un valioso instituto", RDCO, Buenos Aires, Depalma, t. 1991-B, p. 90.

(67) DIEZ SOTO, Carlos M., "El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.), Régimen jurídico de la empresa familiar, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 181.

(68) Se agradecerá la remisión de comentarios al correo: "emfavierdubois@fds.legal".

- A los fines de la sustentabilidad societaria de una empresa familiar resulta necesario no solo pasar de una empresa familiar “informal” (individual o sociedad de hecho), a una empresa “formalizada” (sociedad regular), sino además dotar a esta última de una debida “estructuración”.

- Las diferencias entre la “causa” de la empresa familiar y la “causa” del contrato de sociedad, así como las particularidades del ADN de la primera, generan un choque que, de no ser atendido, produce conflictos.

- Una forma de superar la situación es la “estructuración” de la empresa familiar que comienza con la elaboración de un “protocolo” pero requiere, además, a nivel societario, la adopción de un tipo social adecuado y la inserción de determinadas cláusulas estatutarias.

- Los tipos sociales adecuados para la empresa familiar son la SRL y la SA, con ventajas y desventajas entre sí que se equiparan funcionalmente, dependiendo su elección en cada caso del grado de desarrollo de la familia y de la empresa y de sus perspectivas futuras.

- La inserción en los contratos y estatutos de cláusulas no previstas expresamente por el ordenamiento societario resulta plenamente válida mientras no se afecten requisitos esenciales del tipo social de que se trate.

- Se propone la inserción en el contrato social o estatuto de una cláusula estatutaria declarando que se trata de una empresa familiar, como así la instauración de una “prestación accesorias” que consista en la “obligación de hacer” de suscribir el protocolo de la empresa familiar.

- También se propone la inserción, según el caso, de alguna o algunas de una serie de cláusulas estatutarias referidas a las relaciones y límites entre la familia y la empresa, al buen gobierno, a las comunicaciones, al mantenimiento de la propiedad en la familia, a la sucesión en la gestión y en la propiedad, y al manejo de los conflictos, todas congruentes con el ordenamiento jurídico societario vigente.

- Finalmente, la incorporación de la “sociedad por acciones simplificada” como un nuevo instituto societario, permite a las empresas familiares adoptarlo como un tipo ideal para su estructuración y funcionamiento.

Postulados sobre las sociedades entre cónyuges en el marco de los contratos celebrados entre estos en el régimen de comunidad

A la luz del derecho constitucional-convencional y la finalidad tuitiva de las normas

Esther H. S. Ferrer de Fernández (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Planteo del problema.— III. Fundamentos de la posición minoritaria. Nuestras críticas.— IV. Fundamentos de la posición mayoritaria.— V. Nuestros desarrollos.— VI. Colofón.

“Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”

Ronald DWORKIN, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, 2ª ed., p. 37.

I. Introducción

El tema que nos proponemos dilucidar en los próximos desarrollos resulta de aquellos que aparentan tener una correlación en el derecho

de los postulados, interpretaciones y sistemas, sin embargo, sus implicancias tienen consecuencias en la práctica de las personas, las familias y las empresas.

Ante todo, resulta de capital importancia destacar que cuando el derecho es claro y no contradictorio no se requerirá de grandes esfuerzos de comprensión e interpretación para los operadores del derecho, en especial para el juez.

El problema se impone cuando de diversas disposiciones surgen resultados contrapuestos, es decir cuando, determinada norma aparentemente niega un derecho que otra otorga, será allí el juez quien deberá poner el foco en la ponderación del sistema jurídico dando preeminencia a la validez del derecho que de otro modo se vería conculcado.

(*) Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de grado, posgrado y doctorado con dedicación exclusiva a la docencia e investigación de la Facultad de Derecho de la UBA. Directora de Proyectos de Investigación UBACYT Modalidad I y PIDAE. Miembro del Banco de Evaluadores en Investigación del Ministerio de Educación de la Nación. Directora del Seminario de Vulnerabilidad y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja” e Investigadora de dicho Instituto - Subdirectora Académica del Centro de Investigación Pacem y Coordinadora Académica de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Directora de becarios y tesis de maestría y doctorado.

Recordemos el Cód. Civil suizo del 12 de diciembre de 1907, que “ante la deficiencia normativa, otorga al juez la tarea de decidir según la máxima que él adoptaría si fuese llamado a decidir el caso como legislador” (1).

Del Vecchio ha afirmado que la función legislativa del Estado es la más alta, ya que, mediante ella, el Estado fija normas obligatorias para la convivencia; por su parte, la función judicial, tiene por misión declarar el derecho aplicable a los casos controvertidos (2).

En tal proceso todo el juez deberá poner todo su esfuerzo en dar vigencia a los mandatos constitucionales y convencionales otorgando especial relevancia a la finalidad del derecho integrando el sistema jurídico en su totalidad.

II. Planteo del problema

Resaltado ello e invocando la frase de Dworin, nos planteamos el siguiente problema:

¿Pueden los cónyuges celebrar entre sí cualquier tipo de sociedad?

La respuesta de la mayoría de la doctrina, a la que adelantamos desde ahora adherimos, es que sí, por supuesto, aunque una minoría reconoce este derecho solo para los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes.

Hemos de demostrar en los desarrollos siguientes que son varias las razones que apoyan la respuesta afirmativa.

Aunque comenzamos afirmando que el tema de la celebración del contrato de sociedad entre cónyuges forma parte de otro más general que es el de la capacidad de los cónyuges para contratar entre sí en el régimen de comunidad.

En este tema surge una aparente contradicción que no resulta tal como venimos sosteniendo desde hace algún tiempo.

En la Ley General de Sociedades mediante el art. 27 se establece expresamente que “los cón-

yuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV”.

Por su parte el art. 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com. establece: “No pueden contratar en interés propio... los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

Mientras que por su parte el art. 459 del Cód. Civ. y Com. establece que “uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el art. 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos”.

Es dable de destacar que las anteriores disposiciones fueron incorporadas por la ley 26.994 que sancionó el Cód. Civ. y Com. y reformó la ley 19.550 entre otras disposiciones.

Ello ha originado que una parte de la doctrina, encabezada por Nissen, comprendiera que la disposición del art. 27 debe ser interpretada en sentido restrictivo, permitiendo en consecuencia admitir la integración de constitución de cualquier tipo de sociedad entre cónyuges cuando estos se sometan al régimen de separación de bienes, pero no así cuando se encuentren bajo el de comunidad de gananciales.

Como hemos adelantado, en solución congruente con la doctrina mayoritaria, esta no es la respuesta que corresponde aceptar, por diversos fundamentos, algunos de los cuales ya se habían planteado antes de ahora, aunque nosotros a través de nuestra contribución nos proponemos acercar nuevos argumentos que refuerzan la conclusión y amplían los alcances. En definitiva, pues, el presente trabajo tiene por finalidad comprender la problemática planteada con sistematicidad y organicidad.

En el punto siguiente resumiremos los argumentos en los que se basa la posición minoritaria que atiende a la problemática planteada comprendiendo al art. 27 de la Ley General de Sociedades en sentido restringido, aceptando pues, que solo pueden integrar cualquier tipo de sociedad los cónyuges bajo el régimen de separación; para luego formular nuestras críticas a los argumentos que la sustentan.

(1) Cfme. BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 239 y ss.

(2) Vid. DEL VECCHIO, Giorgio; "Filosofía del derecho", Ed. Bosch, Casa Editorial SA, Barcelona, 1974, 9ª ed. española corregida y aumentada.

III. Fundamentos de la posición minoritaria. Nuestras críticas

La posición minoritaria que comprende que el contrato de sociedad entre cónyuges solo sería admisible cuando estos se hallaran sometidos al régimen de separación de bienes, antes aludida ha sido fuertemente sustentada por Nissen (3) y Balanas (4). Los argumentos que básicamente apoyan esta postura pueden resumirse en los siguientes:

- La posición en favor de facultar a los cónyuges a constituir sociedades bajo el régimen de comunidad de ganancias "traiciona claramente la voluntad de quienes han redactado el nuevo régimen patrimonial del matrimonio..."

- Siendo así y dado que el régimen patrimonial del matrimonio es de orden público, "debe prevalecer sobre cualquier norma que sobre el tema esté previsto en la Ley General de Sociedades, que en principio, solo comprende cuestiones patrimoniales..."

- "Esta incoherencia solo puede ser superada mediante una interpretación finalista de la ley, esto es, aquella que atiende a las intenciones del legislador, así como a los principios y valores jurídicos en juego..."

Los argumentos que anteceden son fácilmente rebatibles en su totalidad. Así pues, con relación al primer argumento en cuanto a que permitir a los cónyuges constituir sociedades bajo el régimen de comunidad implicaría una "traición" a la voluntad de quienes redactaron el nuevo régimen patrimonial del matrimonio, no resulta para nada así.

Ello en primer lugar pues, el régimen patrimonial del matrimonio dispuesto por el Cód. Civ. y Com. (5) ha sido el resultado de sistematizar dos regímenes patrimoniales matrimoniales que conviven y cuya elección resulta pues, una verdadera plasmación legislativa de la autonomía de la voluntad, dado que los cónyuges eligen libremente

(3) NISSEN, Ricardo; "Incidencias del Cód. Civil y Comercial. Derecho Societario"; Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 166.

(4) BOLANAS, Daniel; "La sociedad entre cónyuges", en "Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial", Ed. Fidas, Buenos Aires, 2016, p. 169.

(5) Vid. Arts. 446 a 508 del Código Civil y Comercial ubicado en el Título II del Libro Segundo Relaciones de Familia.

a cuál someterse e inclusive tienen la facultad de cambiarse de uno hacia el otro. En caso de no haber realizado la opción de régimen al que han de someterse los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias en forma supletoria de la voluntad de estos (6). De ello deriva que no hay pues, ninguna traición pues ambos regímenes han sido dispuestos en el sistema normativo actual y la elección por uno u otro es producto de la autonomía de la voluntad de los cónyuges que deciden a cuál someterse e incluso pueden cambiarse (7).

Por otra parte, para clarificar la cuestión resultante de destacar que, el régimen patrimonial matrimonial (8) (9) no se encuentra vinculado

(6) Vid, art. 463 del Código Civil y Comercial, que establece "Carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en esta Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto en el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el art. 449".

(7) Vid. Art. 449 del Código Civil y Comercial que establece que "Modificación de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de tercero, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término a contar desde que lo conocieron".

(8) Vid. Belluscio quien sostiene que los regímenes matrimoniales son los sistemas jurídicos que rigen las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio y que comprenden, esencialmente, la regulación de la propiedad y administración de los bienes aportados por los cónyuges al contraer matrimonio y de los adquiridos con posterioridad, de la contribución sustento de la familia, y de la medida de la responsabilidad de los esposos por sus obligaciones a favor de terceros" (Vid. BELLUSCIO, Augusto César, "Manual de Derecho de Familia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, 5ª ed., t. II).

(9) Vid. Medina y Roveda quienes expresan que el "régimen patrimonial del matrimonio es el conjunto de reglas que regula las relaciones económicas de los esposos, tanto entre ellos como con terceros, que comprende la propiedad y la gestión de los bienes llevados al matrimonio, como los adquiridos con posterioridad, la forma en la que responderán los cónyuges por las deudas frente a terceros y entre sí y las reglas para la disolución" en MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, "Derecho de Familia", en "Derecho Civil y

a ningún tipo contractual, lo que este regula es sobre la titularidad de los bienes entre los cónyuges, responsabilidad y gestión, a partir de la celebración del matrimonio o de la opción del régimen. Por lo cual si bien, la sistematización dentro de cada régimen es de orden público, no lo es la elección de este.

También debe destacarse que cierto es que cada régimen comporta normas en cuanto a la titularidad, gestión y responsabilidad respecto de los bienes entre los cónyuges (10), lo que en nada influye respecto de la integración de sociedades entre cónyuges como tampoco respecto de la celebración de otros contratos entre estos. Las disposiciones sobre el régimen patrimonial matrimonial resultan independientes de las relativas a la contratación en general entre estos y la integración de sociedades en especial.

Ello resulta tan así que el Cód. Civ. y Com. ha regulado sobre los regímenes patrimoniales matrimoniales entre los arts. 446 a 508, que integran el Libro Segundo relativo a las Relaciones de Familia, mientras que la norma del art. 1002 inc. d), corresponde a las disposiciones relativas a los contratos que integran el Libro Tercero de los Derechos Personales.

Por su parte, el régimen jurídico y las reglas sobre los bienes relacionados a los cónyuges, se pensó en el anteproyecto, totalmente libre, en consonancia con el matrimonio mismo y sus obligaciones y derechos.

Además, para comprender de mejor modo la libertad que se dio a los cónyuges para contratar bajo cualquier régimen patrimonial matrimonial, resulta interesante destacar que la norma del art. 1002 inc. d) fue agregado durante el proceso de

Comercial", RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.); Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2019, p. 274.

(10) Vid. Bossert y Zannoni, siguiendo a Roguin, en referencia a la doctrina comparatista, aclaran que estos tienen como elemento diferenciador primordial la repercusión del régimen matrimonial sobre la propiedad de los bienes, y el modo básico de gestión que adopta cada legislación positiva respecto de los bienes. Ello lo indican así, sin referencia alguna a la posibilidad de celebrar contratos entre sí o integrar sociedades en "Manual de derecho de familia", BOSSERT, G., ZANNONI, E., 7ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ed. Astrea, 2016, p. 163.

sanción del Cód. Civ. y Com., pues esta no se encontraba en el Anteproyecto (11) (12) (13).

En resumen, lo que queremos destacar es que, en tal caso el régimen patrimonial matrimonial y sus disposiciones de orden público, no se verán conculcadas en modo alguno, por lo que se disponga y en última instancia se interprete, en torno a las contrataciones entre cónyuges en general o la celebración de sociedades dispuestas en la Ley General de Sociedades en particular.

Por último, en relación con el argumento de la interpretación finalista, como veremos más adelante, justamente esta nos llevará a concluir en el sentido contrario al propuesto por quienes argumentan por la interpretación restrictiva que estamos criticando.

Por otra parte, resulta importante destacar que la interpretación finalista atiende el fin tutelar de la norma, es decir, a la protección que en última instancia esta comporta, desmembrada totalmente de la voluntad del legislador, siguiendo los más modernos sistemas de derecho que el Cód. Civ. y Com. refleja, centrando su foco en la interpretación activista de las normas (14) (15).

(11) Vid. ALTERINI, Jorge, (dir.), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", t. V, La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. actualizada, p. 301.

(12) Vid. RIVERA, Julio César - CROVI, Luis - DI CHIAZZA, Iván, "Contratos Parte General" en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 128.

(13) Vid. ACEVEDO, Mariano, "Incapacidad e inhabilidad para contratar" en STIGLITZ, Rubén (dir.), Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial, Parte General, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 188.

(14) Vid. Los fundamentos al art. 2 del Anteproyecto de la Comisión Redactora que en tal sentido expresan "... la decisión jurídica...también se incluyen sus finalidades (de la ley), con lo cual se deja de lado a la interpretación del legislador. De este modo se limita la interpretación histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación". En Cód. Civ. y Comercial. Concordado con el Régimen derogado y referenciado con la legislación vigente", Ed. Astrea, Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

(15) Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Pautas para interpretar el Código"; en Cód. Civil y Comercial. Concordado con el Régimen derogado y referenciado con la legislación vigente", Editorial Astrea, Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, pág. 1 quien en referencia al debate y cuestionamiento sobre la utilidad o no de disponer de notas a los arts. de los Códigos ha expresado "esta discusión va encadenada a la especial predilección por un

Con relación a la invocación a los principios jurídicos a los que se hace referencia a fin de interpretar la norma del art. 27 de la Ley General de Sociedades como veremos, ello resulta fundamento en contrario, dado que mediante una interpretación restrictiva de dicho art. se verían conculcados los principios de la autonomía de la voluntad y de solidaridad familiar, entre otros, como hemos de ver:

En definitiva, pues, ninguno de los argumentos en los que se apoya la postura restrictiva de interpretación de la facultad de los cónyuges para integrar sociedades entre sí resulta plausible a la luz del sistema jurídico actual.

En el punto subsiguiente resumiremos los argumentos de quienes integran la posición mayoritaria en torno al problema planteado, aceptando la integración de sociedades entre cónyuges bajo el régimen de comunidad, para luego abocarnos a los argumentos en los que basamos nuestra posición que amplía el criterio ensanchándolo hacia los contratos entre cónyuges en general bajo el régimen de comunidad.

IV. Fundamentos de la posición mayoritaria

Esta postura comprende básicamente que los cónyuges pueden constituir e integrar cualquier tipo de sociedad entre sí independientemente del régimen patrimonial matrimonial al que se hallan sujetado **(16) (17) (18) (19)**.

método de interpretación de la ley. Sucede que el Código no menciona la "intención del legislador (que estaría expresada en estas notas) sino "las finalidades de la ley".

(16) Vid. VÍTOLO, Daniel, "Capacidad de los cónyuges para constituir o integrar sociedades en el nuevo Código Civil y Comercial" en Ponencia en "XIII Congreso Argentino de Derecho Societario-IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", celebrado en Mendoza en 2016.

(17) Vid. RICHARD, Efraín, "Sociedad entre cónyuges: Luces y sombras del Código Civil y Comercial y la Ley de Sociedades"; Exposición dictada en el marco de la sesión ordinaria de la Academia Nacional del 21 de marzo de 2017.

(18) Vid. PICCIAFUOCO, Natalia, "Sociedades entre cónyuges. Una excepción neurálgica implantada por el Código Civil y Comercial al régimen de la capacidad para contratar", en "El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado", Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, t. III.

(19) Vid. ZUCCATOSTA, Luciana, "Sociedades entre cónyuges", "XIII Congreso Argentino de Derecho Socie-

Encuentran fundamento básicamente en los siguientes argumentos, que desde ya resultan aplicables a la problemática en análisis:

- En primer lugar, recuerdan que la norma del art. 27 de la Ley General de Sociedades y el art. 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com. fueron sancionadas mediante la disposición de la ley 26.994.

- En segundo lugar, se apoyan el art. 2 del Cód. Civ. y Com. **(20)** que regula la interpretación normativa.

- En tercer lugar, comprenden que el art. 27 de la Ley General de Sociedades establece una excepción al principio general que dispone el art. 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com.

- En cuarto lugar, por aplicación del art. 150 **(21) (22)** del Cód. Civ. y Com. que establece el orden de prelación normativa en materia de personas jurídicas privadas, afirman que resulta aplicable en primer lugar la ley especial, en este caso la Ley General de Sociedades que desplaza la norma del Cód. Civ. y Com. en la materia, es decir, el art. 1002 inc. d), por el principio de especialidad.

tario. IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Mendoza, 2016.

(20) Vid. art. 2 del Código Civil y Comercial que establece que "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 valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico".

(21) Vid. Art. 150 Código Civil y Comercial que establece que "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".

(22) Resulta interesante de destacar el fundamento de la Comisión Redactora del Anteproyecto que acompaña al art. 150 expresando que "se establece un orden de prelación en la aplicación a las personas jurídicas privadas de principios y normativas, lo que viene requiriendo en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y la fuerza jurídica de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de la persona jurídica.

En resumen, son fuertes los fundamentos esgrimidos por la doctrina que recepta la facultad de los cónyuges de celebrar e integrar todo tipo de sociedades entre sí, inclusive las reguladas en la Sección IV, independientemente del régimen patrimonial matrimonial al que se encuentren sujetos.

En el punto siguiente desarrollaremos los argumentos que desde nuestra óptica deben centrar el razonamiento para clarificar la postura anterior, que sumados a los que venimos sosteniendo desde hace algún tiempo (23) en torno a los contratos entre cónyuges nos permitirán resolver la problemática planteada.

V. Nuestros desarrollos

V.1. Los derechos humanos de los cónyuges

El Cód. Civ. y Com. es un expreso defensor de la constitucionalización del derecho privado que surge de diversas disposiciones y que resulta expresado ya en el art. 1, con relación al sistema de fuentes (24), en cuanto dispone que "...los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma..."

Nuestra Carta Magna en su art. 14 (25) consagra expresamente el derecho de los habitantes de asociarse con fines útiles. En puntos siguientes haremos un análisis sobre la razonabilidad de las restricciones a los derechos en su caso.

Mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos que integra el bloque de

(23) FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther H. S., "Contratos entre cónyuges en el régimen de comunidad" en BASSET - PITRAU - ROLLERI - ROVEDA (dirs.), Los nuevos horizontes del derecho de las personas y la familia libera amicorum Graciela Medina, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 387.

(24) El fundamento al art. 1 de la Comisión Redactora señala que "los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes... queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes".

(25) El art. 14 dispone que "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; ...de usar y disponer de su propiedad..."

constitucionalidad federal prevé en su art. 1°: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color; sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Asimismo, conforme el art. 2° de la Convención los estados parte se obligan a tomar todas las disposiciones de derecho interno para consagrar ese ejercicio libre y pleno que haga efectivos tales derechos y libertades. En caso de que las del derecho interno en su conjunto los impida, tiene el compromiso de hacer las modificaciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto.

En particular, el art 16 establece las pautas que aplica la Convención Americana de Derechos Humanos a la libertad de asociación, y dice que "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole", lo cual sería comprensivo de las sociedades de todos los tipos.

En su párrafo 2 la Convención aclara: "El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás"; supuestos todos entre los que no se encuentran comprendidos las sociedades entre cónyuges.

Ello resulta tan así que, la Convención reafirma en el artículo citado *in fine* que las restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación pueden preverse solo para los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. Es este específicamente el caso en el que se puede limitar el derecho de asociación

Por otro lado, en similar sentido con las normas nacionales, en el art. 29 de la Convención se establecen disposiciones de interpretación que a lo largo de sus incisos otorgan pautas cla-

ras que tienden a ampliar en su mayor extensión el catálogo de derechos, a la vez que otorgan su ejercicio más libre y pleno.

Alcanzar esos fines requiere de una regulación razonable, que será aquella que solo excepcionalmente establezca restricciones en los supuestos antes indicados.

Ello resulta así dado que, la norma de interpretación de la Convención (el art. 29) expresa que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de: "a) permitir a alguno de los Estados Partes...suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella"...; tal como sucedería de imponer restricciones a la facultad de integrar sociedades entre sí bajo el régimen patrimonial matrimonial de comunidad.

V.2. La interpretación de las normas

Como correlato del proceso de constitucionalización del derecho privado que ya se venía dando en la práctica y el Cód. Civ. y Com. contempló expresamente; en el art. 2, el código dispone sobre la interpretación normativa haciendo aplicables las normas constitucionales y convencionales que en el acápite anterior hemos aludido, al establecer en dicho artículo que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico".

Ello nos otorga la pauta de doble funcionalidad que vamos a encontrar en las normas derecho constitucional y convencional, por un lado, como fuentes de derecho por otro como pautas de interpretación (26).

(26) Vid. Fundamentos de la Comisión redactora al art 2., en los que se expresa que "todos los tratados internacionales suscritos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el art. primero. Pero, además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo".

De las disposiciones convencionales surge a las claras que los cónyuges no pueden ser restringidos en modo alguno en sus legítimos derechos de asociación por lo que cualquier disposición o interpretación en contrario importaría vulnerar ese derecho que les asiste.

Con relación a las pautas de interpretación normativa que el Cód. Civ. y Com. otorga, surge un sistema de fuentes a partir del propio art. 2º, cuyos fundamentos que acompañan a dicha norma indican que, "a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación... La decisión jurídica comienza con las palabras de la ley... también se incluyen sus finalidades, ... se mencionan las leyes análogas, se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema...; también deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio sino que son normas de integración y de control axiológico..."; asimismo, "todos los tratados internacionales suscritos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso..." (27).

(27) Vid. BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 239 y ss. Este autor expresa en primer lugar que el objeto de la interpretación jurídica es ante todo la ley "y la misión que se le asigna es la de explicar haciendo explícito y claro el sentido de la ley"; no es una manifestación de voluntad —mens legis— sino el resultado de un proceso, en el cual, se aprueba un texto luego de estudios, ensayos y debates. Señala este autor que "Despersonalizada, la "presunta voluntad de la ley" se reduce a una hipostaxia o ficción de una voluntad colectiva", que "no tiene lugar en la realidad social más que cuando se la encuentra como conciencia colectiva" y siguiendo a Heck, señala "al conjunto de aquellos intereses de la comunidad que en la ley ha encontrado protección y que por ello se tienen presentes por el intérprete". Sin embargo luego establece pautas interpretativas para determinar el alcance de la ley que se resumen en las siguientes: " 1) la lógica de la lengua, siempre que se trate de normas establecidas mediante enunciaciones (declaraciones) o bien, la lógica del comportamiento, cuando se trata de normas puestas en práctica por la costumbre, 2) la lógica de la materia disciplinada, que se deduce de la naturaleza económico social de las relaciones reguladas (la llamada naturaleza de las cosas); 3) la lógica del Derecho o sea de la discipli-

Estas normas de fuentes e interpretación exceden el marco del Cód. Civ. y Com., tal como lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación con el art. 16 del Cód. Civil ha sostenido "...la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno" (Fallos 312-957).

La interpretación de la ley vinculada a la finalidad de la norma se despega de la intención del legislador, recurriendo a la tutela que tiene en miras la disposición; a través de esta se adhiere a la interpretación activista, no originalista, aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso "Kot" (1958) (28).

Resulta evidente que la finalidad tutelar de la norma del art. 27 de la Ley General de Sociedades es la protección de la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad familiar. La primera pues permite a los cónyuges decidir integrar o no sociedades entre sí, aunque se encuentren bajo el régimen de comunidad de ganancias y la segunda pues, permite que mediante la integración de sociedades entre ellos se concreten aspectos de auxilio familiar que tal vez de otro modo no pudieren llevarse a cabo.

En tal sentido, un aporte de capital relevancia y que permite dar organicidad al sistema jurídico resulta de la interpretación del art. 27 con las disposiciones que se han incorporado para favorecer la continuidad de la empresa familiar, tales como el art. 1010 segunda parte del Cód. Civ. y Com. (29), que recepta los pactos de

na, del tratamiento jurídico como tal, considerado en su doble momento sistemático (lógico en sentido estricto) y teleológico, de que consta, según ponemos de relieve".

(28) Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Pautas para interpretar el Código", en Código Civil y Comercial, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 1.

(29) Vid. Art. 1010. Herencia Futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos, ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre bienes particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación

herencia futura cuando tuvieren por objeto la explotación productiva o participaciones societarias; en conjunción con las disposiciones de indivisión forzosa dispuestas por los arts. 2330 a 2334 del Cód. Civ. y Com.

V.3. Los contratos entre cónyuges

Hemos adelantado en el comienzo del trabajo que el problema de las sociedades entre cónyuges integra otro más amplio que es el de los contratos entre estos. Dicha comprensión no sugiere nada en cuanto a la prohibición de integrar sociedades entre sí, por el contrario, como surgirá de las páginas siguientes, constituye un argumento a favor de la integración de estas (30).

En los puntos siguientes analizaremos cuestiones que nos llevarán a dilucidar el problema.

V.3.a. La libertad de contratación y las bases constitucionales del derecho de contratar

El principio que rige en materia contractual en nuestro derecho está dado por el art. 958 del Cód. Civ. y Com. en tanto dispone que "las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres".

Asimismo, el art. 965 del Cód. Civ. y Com. expresamente dispone que "los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante".

Ambas disposiciones del Cód. Civ. y Com., resultan una derivación clara de los arts. 19 (31),

de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a los futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean parte su futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros".

(30) FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther H. S., ob. cit.

(31) Cfme. el cual "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Surge de este art. el principio de libertad de contratación.

16 (32), 14 (33), 17 (34) y 42 (cuando haya relación de consumo) de la Constitución Nacional.

V.3.b. Los principios y las reglas en el derecho

A continuación, analizaremos en qué consisten y cómo funcionan las reglas y los principios jurídicos, lo que nos permitirá arribar a conclusiones sobre su aplicación al caso concreto.

En el exhaustivo estudio que encara en su libro *Teoría de los principios* (35), Humberto Ávila realiza consideraciones en torno a la teoría de los principios que nos permiten llegar a conclusiones en el tema de los contratos entre cónyuges.

Así en referencia a las reglas y los principios jurídicos explica que, “tanto las normas como los principios deben aplicarse de modo tal que su contenido de deber ser se realice totalmente, y no de modo gradual, y tanto las reglas como los principios requieren de un proceso de ponderación —en un grado mayor los principios por su naturaleza— al ser aplicados a un caso concreto. En efecto, *a la hora de aplicar una regla a un caso concreto el aplicador realiza un juicio de adecuación entre el supuesto de hecho descrito en la regla y la finalidad de la misma, y puede encontrar y articular razones que lo autoricen a inaplicar la consecuencia jurídica aun cuando se realice la conducta descrita en la norma, puesto que la aplicación en el caso concreto contraría el fin mismo de la norma... Este es el elemento teleológico, por su parte, introduce un elemento axiológico en las reglas que se atribuía exclusivamente a los principios*” (36) (el destacado es nuestro).

Así concluye que “la única distinción que se da entre principios y reglas consiste en que los

(32) Cfme. el cual “...todos sus habitantes son iguales ante la ley...” Surge de este art. el principio de igualdad ante la ley.

(33) Cfme. el cual “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:...de usar y disponer de su propiedad,...”. Surge de este art. el reconocimiento del derecho de propiedad.

(34) Cfme. el cual “la propiedad es inviolable...” Surge de este art. el principio de inviolabilidad del derecho de propiedad.

(35) Vid. ÁVILA, Humberto, “Teoría de los Principios”, trad. Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2011, 10ª ed.

(36) Cfme. SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José Julián, ob. loc. cit.

primeros no determinan directamente la conducta que ha de seguirse, tan solo establecen fines normativamente relevantes que para ser realizados deberán determinarse en conductas concretas necesarias para promover el fin, en las reglas, en cambio, las conductas ya están directamente descritas y ordenadas” (37).

A partir de tres criterios que desarrolla en profundidad en su obra, Ávila propone una nueva definición de reglas y principios más adecuada a su verdadera naturaleza: “*Las reglas son normas inmediatamente descriptivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos*” (el destacado es nuestro).

En definitiva, creemos que, Ávila y su propuesta renovada de la teoría de los principios, nos provee la solución para interpretar la regla que parte de la norma del art. 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com. En síntesis, la cuestión, pasa por realizar un juicio de adecuación entre la regla que dicho artículo dispone, consistente en aparente prohibición absoluta de contratar entre cónyuges en el régimen de comunidad, y la finalidad que la norma intenta tutelar.

En puntos siguientes, recordaremos la razón de ser de la prohibición de realizar determinados contratos entre cónyuges en el derecho vigente al momento de la sanción del Cód. Civ. y Com., para luego determinar el hipotético fundamento en el derecho actual. Posteriormente, analizaremos el juicio de adecuación al que hacemos referencia, y sus parámetros provistos por el derecho constitucional argentino; para, por último, determinar en caso de inadecuación de la norma en cuestión con los fundamentos que la sostienen, determinar la inconstitucionalidad en el caso concreto.

V.3.c. Fundamento de la prohibición de celebrar ciertos contratos entre cónyuges en el régimen anterior a la sanción del Cód. Civ. y Com.

Antes del Cód. Civ. y Com., la legislación argentina no contenía ninguna norma que pro-

(37) Cfme. SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José Julián, ob. loc. cit.

hibiese en general celebrar contratos entre cónyuges.

Así pues, había prohibiciones expresas de celebrar determinados contratos, en tanto que, otros estaban claramente permitidos, si bien había dudas sobre la posibilidad de celebrar determinados contratos sobre los cuales las disposiciones legales guardaban silencio **(38)**.

En el punto siguiente, resumiremos las aparentes razones que pudieron fundar, no obstante, el sistema anterior vigente al momento de la sanción del Cód. Civ. y Com.

V.3.d. Hipotético fundamento de la prohibición para contratar entre cónyuges

Las razones, que a pesar de no encontrarse dispuestas en ninguna norma, ni resultar consecuencia del paradigma que ha informado el sistema de interpretación de fuentes del Cód. Civ. y Com., que hemos analizado, podrían haber fundado la disposición de la inhabilidad para contratar entre cónyuges en el régimen de comunidad, podemos tratar de derivarlas de las que surgían de la interpretación de las normas que en el régimen anterior a la sanción del Cód. Civ. y Com. derivaban del Cód. Civil y resultan de lo precedentemente expuesto, y consistirían en resumen en las siguientes:

1) La contratación entre cónyuges, luego de la celebración del matrimonio estaba prohibida por la sencilla razón de que estos podían celebrar contratos que en definitiva implicaran un enriquecimiento de uno a expensas del otro; es decir, basado ello, en un fundamento de protección del más débil, en definitiva.

2) Por otra parte, fundado en lo expuesto, cualquier contrato de estos importaba una modificación del régimen matrimonial patrimonial, que no quería aceptarse, en resumen **(39)**.

En la actualidad, ambos fundamentos podrían haber sido sopesados por el legislador

(38) Vid. BELLUSCIO, Augusto César, "Manual de Derecho de Familia", Depalma, Buenos Aires, 1987, 5ª ed., t. II, p. 33 y ss.

(39) Vid. ZANNONI, Eduardo; "Derecho Civil - Derecho de Familia", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2002, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 654 y ss.

a la hora de prohibir o permitir determinados contratos en dicho régimen de bienes, es decir aquellos que importaban:

1) Un enriquecimiento de un cónyuge respecto del otro.

2) Una modificación interna del régimen patrimonial matrimonial de comunidad, sin que se optase por el cambio de régimen, por supuesto.

Podemos derivar de lo precedentemente expuesto que, ninguno de ambos fundamentos, en definitiva, debería sostener la prohibición absoluta de contratar entre cónyuges en el régimen de comunidad excepto, la constitución de cualquier sociedad **(40)**, y el contrato de mandato **(41)**.

Ello se puede inferir luego de toda la argumentación lógico-jurídica que antecede y de las que expondremos; por lo que adelantamos se requiere una urgente revisión por parte del legislador del art. 1002 inc. d).

Sin embargo, y a pesar de ello, el juez requiere solucionar actualmente las controversias que se le sometan a su jurisdicción, con las normas con las que cuenta; por lo que ofrecemos las siguientes construcciones y valoraciones jurídicas que se desarrollan a continuación.

V.3.e. Cuestiones atinentes a las prohibiciones en el derecho

En este punto resulta relevante a fin realizar un análisis respecto de la prohibición de contratar que surgiría del art. 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com. debemos partir de ciertas consideraciones lógico-jurídicas que nos permitirán avanzar en tratamientos posteriores.

En primer lugar, debemos considerar que en el derecho existen prohibiciones que surgen al solo efecto de proteger determinados valores o principios jurídicos, que podrían llamarse de primer grado.

Mientras que otras, son prohibiciones de segundo grado y su establecimiento, solo tiene por fin proteger prohibiciones de primer gra-

(40) Cfme. art. 27 - Ley de Sociedades Generales conforme ley 26.994.

(41) Cfme. art. 459 - Código Civil y Comercial.

do, creemos que este es el ejemplo típico de la prohibición de contratar entre cónyuges; cuya finalidad, como hemos revisado, es mantener incólume o mejor dicho, no cambiar la composición interna del régimen patrimonial matrimonial, por un lado, y de impedir que la celebración de contratos entre ellos, resulte el enriquecimiento de uno respecto del otro, por otro.

Por tanto, se trata de proteger otro fin que el directamente impuesto o prohibido. En razón de ello, el fundamento de la norma no se halla en la prohibición en sí propia sino, en última instancia en la razón última que se intenta proteger. Es esta la que debe ser razonable para determinar la existencia de fundamento en la prohibición.

A continuación, analizamos los lineamientos que sustentan el principio de razonabilidad en el derecho constitucional argentino, para luego, considerar si la prohibición concebida en términos absolutos de contratar entre cónyuges bajo el régimen de comunidad cumple con los requisitos para admitirla razonable o no según las circunstancias de cada caso.

V.3.f. El principio de razonabilidad desde la óptica del derecho constitucional

Cianciardo, en la introducción de su obra *El principio de razonabilidad* (42), expresa que la razonabilidad es aplicada casi universalmente en el mundo jurídico occidental, aunque si bien concebida en términos aparentemente diferentes, la proporcionalidad ha tenido un contenido y una aplicación similar en dichos sistemas jurídicos (43).

Dicho autor recalca preliminarmente que “hay acuerdo en definir a la proporcionalidad en sentido amplio como una prescripción en virtud de la cual, toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de

(42) Vid. CIANCIARDO, Juan, "El principio de razonabilidad", Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., p. 27 y ss.

(43) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit. Allí este autor expresa que en Europa continental suele hablarse del "principio de proporcionalidad", en tanto que la expresión "principio de razonabilidad" se emplea especialmente en Estados Unidos; no obstante, las diferencias entre uno y otro son más aparentes que reales.

ser: a) idónea; b) indispensable; y finalmente, c) proporcionada. Cada uno de los tres principios que integran la máxima (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis distinto en su aplicación: el medio ha de ser adecuado en relación con el fin; necesario —el más moderado— respecto de todos los medios igualmente eficaces, y proporcionado, en la ecuación costos-beneficios y el respeto del contenido de los derechos involucrados”.

Este principio en el derecho argentino encuentra sustento en los arts. 28 y 33 de la CN. El art. 28 de la CN reza que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. En tanto que, el art. 33 de la CN en cuanto establece que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Resulta esclarecedor tener presente que el principio de razonabilidad tiene su origen en el derecho de EE. UU., y en la Argentina, al igual que en el primero, fue variando su aplicación en el tiempo (44). Asimismo, la Corte argentina no ha ofrecido una definición precisa de la razonabilidad, indicando genéricamente en varias sentencias que “el principio exige una relación adecuada o razonable entre los medios utilizados y los fines perseguidos por el legislador” (45).

Expresa Cianciardo que “el razonamiento de la Corte Suprema parte del siguiente presupuesto: cada vez que exista una regulación razonable de los derechos fundamentales queda ipso facto excluida la violación de su contenido; o, dicho de otro modo: la alteración del contenido de un derecho equivale a irrazonabilidad en su regulación” (46).

Los componentes del principio de proporcionalidad son los siguientes: el juicio de adecua-

(44) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. cit. p. 45.

(45) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit.

(46) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. cit. p. 61 y ss.

ción, el de necesidad, y el de proporcionalidad *stricto sensu* (47).

Requiere un estudio particular en el caso que investigamos, el relativo a la prohibición de contratar entre cónyuges en el régimen de comunidad, el análisis del juicio de necesidad que compone el principio de proporcionalidad; mediante el cual se cuestiona “si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces; se exige, por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos” (48).

Cabe destacar en relación posibilidad del juicio de necesidad, que la CSJN ha sostenido en diversas situaciones que no se encuentra entre sus facultades la de analizar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador (49). Con esa limitación, la CSJN se ha resistido a realizar un juicio de valoración de la necesidad o indispensabilidad de la legislación, así se ha expresado que “el verdadero razonamiento del Tribunal es este: no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir si el elegido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin” (50). No obstante lo expuesto, en muchas ocasiones el Tribunal, examinando la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, juzgó acerca de la indispensabilidad (51). Por otra parte, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han coincidido en afirmar que “entre varias opciones para alcanzar ese (un) objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido” (52).

(47) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit.

(48) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. cit. p. 82 y ss.

(49) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. cit. p. 83 y ss. y fallos allí citados.

(50) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit. y autores y obras allí citados.

(51) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit. y fallos allí citados.

(52) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit. fallos allí citados.

El segundo problema en análisis, en relación con el juicio de necesidad es el de eficiencia, es decir, el relativo al alcance de la primera. En tal sentido, en el comienzo se señaló que la medida necesaria es aquella, que menos repercute sobre la norma iusfundamental de entre las igualmente eficaces. Por tanto, el juicio de necesidad presupone el juicio de eficiencia (53). Así explica Cianciardo, con agudo criterio que “mientras el juicio de adecuación se presentaba como un juicio bilateral entre el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional y dicho fin, el juicio de eficacia aparece como un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos” (54). Claramente se trata de un juicio de comparación, que debe realizarse, primero, entre cada medio y el fin, y después, entre el medio y los medios alternativos. La eficiencia presupone la adecuación (55).

Con relación al juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, refiere Cianciardo que este no ofrece disputas en la doctrina y jurisprudencia y “consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se propone alcanzar”. Sin embargo, dado la generalidad de los términos que emanan del criterio generan dificultades de establecer que ha de entenderse por “relación razonable”; así mientras en el Derecho Francés se hace alusión “al balance entre costos y beneficios”, en el derecho estadounidense se hace referencia al *balancing test*; en sentido análogo, mientras que en el derecho comunitario europeo se exige, que “las desventajas ocasionadas no sean desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos” (56).

De lo que viene de decirse resulta que, el juicio de razonabilidad de la ley debe partir por la identificación de dos extremos: por un lado, los fines tenidos en mira por el legislador al sancionar la norma y por otro, la concreta restricción a los derechos individuales que la norma conlleva. El test de razonabilidad estará reunido cuando esta restricción sea proporcional a aquella finalidad.

(53) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. cit. ob. cit. p. 95 y ss.

(54) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit.

(55) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. loc. cit.

(56) Vid. CIANCIARDO, Juan, ob. cit. p. 107 y ss.

Creemos que este resulta el punto central que ha de merecer análisis en puntos sucesivos, es decir claramente nos preguntamos si la prohibición de contratar impuesta a los cónyuges en el régimen de comunidad realmente es la que mejor tutela los fines que intenta proteger el artículo y que, por otra parte, menos vulnera la libertad de contratación plasmada en la Constitución Nacional. Esta pregunta intentará ser contestada en los puntos subsiguientes del presente trabajo.

Ya hemos destacado que la finalidad subyacente a la limitación al derecho constitucional de contratar entre sí de los cónyuges viene dada por el doble propósito de evitar la configuración de abusos de uno de los cónyuges sobre el otro y de mantener incólume el régimen de comunidad.

Para alcanzar esta finalidad, el Cód. Civ. y Com. ha dispuesto en su art. 1002 inc. d) una prohibición que importa una restricción al derecho de contratar de tal amplitud que exige que, ante el planteo de algunas de las partes en tal sentido, el tribunal interviniente verifique si, frente a las circunstancias del caso —tipo de contrato, circunstancias en las cuales se celebró, entre las más relevantes— la prohibición de la norma resulta razonable o, por el contrario, inaplicable, esto último por tratarse de una restricción desproporcionada en orden a las finalidades que la inspiran.

Esa irrazonabilidad se verificará substancialmente en los casos en los cuales el contrato celebrado entre los cónyuges (o aún las circunstancias en las cuales se celebró) permita concluir que la anulación ex art. 1002 inc. d) importa hacer efectiva una restricción irrazonable (desproporcionada) al derecho de contratar.

Puede pensarse en los casos en los cuales sin que mediara abuso o enriquecimiento injusto de ningún tipo, uno de los cónyuges celebrara con el otro un contrato de mutuo o de comodato, no se vislumbra que las finalidades del sistema resulten afectadas por la celebración o cumplimiento de contratos como los mencionados celebrados en esas condiciones. En tanto que, en algunos casos podrían encontrarse amparados por la prohibición los contratos de donación o aún de compraventa o cesión (estos

últimos en realidad como medio para reforzar la prohibición de donar).

De todos modos, la norma deviene creemos innecesaria porque siempre tendremos a mano otros remedios legales.

En síntesis, entendemos que la amplitud de lo dispuesto en el art. 1002 inc. d) del Cód. Civ. y Com. exige que su aplicación deba practicarse con extrema cautela y que, ante el planteo en tal sentido de alguna parte legitimada, se revise la constitucionalidad de la norma a la luz del caso concreto para constatar su razonabilidad, en términos de proporcionalidad de la restricción que se impone a la luz de los fines perseguidos.

VI. Colofón

En el supuesto específico de la integración de sociedades entre cónyuges bajo el régimen de comunidad creemos la respuesta al interrogante ha sido fundada en el presente trabajo, aceptando que en todos los casos bajo cualquier régimen de bienes los cónyuges pueden integrar sociedades entre sí.

Con relación a la problemática de los contratos entre cónyuges creemos haber otorgado fundamentos suficientes para comprender que la prohibición de contratar a los cónyuges entre sí bajo el régimen de comunidad requiere un análisis de razonabilidad en cada caso por parte del juez.

Creemos que en este punto de nuestros desarrollos devienen interesante recordar los conceptos expresados por Dworkin: “Solo somos abogados, no filósofos. El derecho tiene su propia disciplina, su arte específico. Cuando vas a la facultad de derecho te enseñan lo que es pensar como un jurista, no como un filósofo. Los juristas no intentan decir grandes cuestiones conceptuales de la teoría ética o política. Deciden cuestiones concretas al por menor, una por una, de una forma más limitada y circunscrita. Sus herramientas de argumentación no son aquellas imponentes que se encuentran en los tratados de filosofía, sino los más caseros y confiables métodos del análisis textual detallado y la analogía” (57).

(57) DWORKIN, Ronald, "La justicia con toga", Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2007, pp. 78-79.

Ley General de Sociedades: apuntes para la adecuación al presente y al futuro

María Fraguas^(*)

Andrea Schnidrig^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. El camino recorrido. Nuevos desafíos.—
III. Nuevas necesidades.— IV. Conclusión.

I. Introducción

En celebración de los 50 años de la Ley General de Sociedades 19.550, publicada en el Boletín Oficial el 25 de abril de 1972, en el presente se desarrollará una reflexión sobre ciertas cuestiones que deberían reevaluarse a la luz de la experiencia práctica recogida durante todos estos años y de las necesidades actuales del tráfico mercantil, que ha sido revolucionado por la creación de nuevas tecnologías. La flexibilización de ciertas disposiciones para facilitar el ingreso de socios, la adecuación a formas modernas de gestión y la reformulación de las maneras en que se ejerce la fiscalización societaria permitirán facilitar las oportunidades de desarrollo de nuevos emprendimientos, el desenvolvimiento de los negocios en forma ágil, sin que ello importe un desmedro a la seguridad jurídica.

II. El camino recorrido. Nuevos desafíos

La Ley General de Sociedades (LGS) prevé diferentes estructuras societarias, tipificadas a través de “tipos societarios”, que incluyen disposiciones respecto de los órganos de administración, fiscalización, la relación entre los socios y la sociedad, y con los terceros, y el tipo de fiscalización estatal al cual están sujetas.

(*) Socia de Nicholson y Cano. Posee vasta experiencia en derecho corporativo, con especial foco en cuestiones societarias y contractuales.

(**) Abogada en Nicholson y Cano, con especialización en derecho societario y corporativo.

Estas estructuras prefijadas han sido sumamente útiles para las personas que desearon participar del tráfico mercantil. La existencia de un marco normativo, como lo es la LGS, contribuyó al entendimiento del cúmulo de relaciones jurídicas que se presentan en el marco societario y ayudó a simplificar la creación de sociedades permitiendo a los socios elegir entre las estructuras previstas la más beneficiosa para su propósito.

Ahora bien, la experiencia práctica recogida de la aplicación del derecho societario desde la sanción de la LGS obliga a repensar la conveniencia de algunas de sus disposiciones, así como a evaluar la flexibilización de ciertas cuestiones para adaptarse al comercio actual. Es innegable que, en el mundo presente, la utilización de estructuras societarias obedece no solo a la finalidad de un contrato asociativo que permite que varias personas se vinculen entre sí para encarar un emprendimiento en común, sino también a la necesidad de las personas de separar su patrimonio personal de aquel que destinan para comerciar. La constitución de una sociedad como mecanismo válido de limitar los riesgos asociados a cualquier negocio y poner en juego exclusivamente los aportes realizados, es una de las premisas básicas de la realidad económica moderna, vaya a encararse el proyecto en forma individual o asociado a otros individuos. La admisión de las sociedades anónimas unipersonales (SAU) en el ordenamiento jurídico argentino fue un reconocimiento expreso de esta segunda realidad. Prueba cabal de

ello también lo es la circunstancia de que en los cincuenta años de vigencia de la LGS los tipos societarios adoptados han sido casi con exclusividad la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, donde la visión original de la LGS —en cuanto a que las sociedades anónimas estaban en un principio destinadas a los grandes negocios, y las sociedades de responsabilidad limitada concebidas como negocios familiares o de menor envergadura— ha quedado superada por una realidad donde su uso es prácticamente indistinto sin obedecer muchas veces a esa premisa.

Por otro lado, las nuevas tecnologías que se han adoptado desde la creación de la LGS han generado nuevos negocios, nuevas formas de comenzar un emprendimiento, y planteado nuevos desafíos legales. Se han creado oportunidades de comerciar que exigen respuestas ágiles e inmediatas acordes a los tiempos de la digitalización en que estamos inmersos, que requieren un marco legal con un sistema flexible y práctico, que permita el fácil ingreso y egreso de socios, y que favorezca las verdaderas oportunidades de recibir financiación bajo diversas modalidades.

En el presente, con carácter meramente enunciativo, se considerarán algunas de las cuestiones que en nuestro entendimiento requieren, a la luz de la experiencia y de las nuevas necesidades, ser repensadas para favorecer el mejor desenvolvimiento de los negocios, y para alentar —conjuntamente con la adopción de otras medidas de política económica— la elección de la jurisdicción argentina como lugar de radicación de empresas para expandirse hacia un mundo cada vez más globalizado.

III. Nuevas necesidades

Los negocios actuales requieren un nivel de celeridad, eficiencia y libertad de concertación, que la LGS, en su condición vigente, no siempre brinda. La celeridad y eficiencia exigidas se ven afectadas por la burocracia generada en torno a la administración societaria, producto los sistemas de registración y de fiscalización de las decisiones y actos societarios que obligan al cumplimiento de formalismos que no siempre resultan conducentes a la protección de los intereses que se debe tutelar, ni se condicen con los medios tecnológicos disponibles.

III.1. El sentido de la fiscalización societaria

Esta reflexión genera entonces, en primer lugar, la consideración de la modificación del sistema de fiscalización planteado en la LGS actualmente en torno a sus arts. 284 a 301. este se encuentra edificado considerando el tipo societario adoptado, y en base a la lista contenida en el art. 299, donde se detallan los siete casos en los que una sociedad se encuentra bajo fiscalización estatal permanente, y que obliga a someterse también a un régimen de fiscalización privada más exigente.

Como ya se ha mencionado, en la práctica, el tipo societario adoptado no resulta determinante del volumen de negocios de la sociedad, ni de su exposición a riesgo que ameriten distinta fiscalización. Por otra parte, los supuestos del art. 299 de la LGS no son estándares suficientes para justificar el nivel de fiscalización al que están sometidas ciertas sociedades desde el punto de vista societario, ya que existen marcos jurídicos más específicos y sofisticados orientados a proteger los intereses de los individuos que motivaron su inclusión en esa enumeración. Así, inversores en sociedades que realizan oferta pública de sus títulos valores, ahorristas que realizan depósitos en entidades financieras o usuarios de servicios públicos, se encuentran amparados por los respectivos marcos regulatorios específicos que fueron creados al efecto. Es importante por ende asegurarse que las compañías que requieren de fiscalización por un organismo específico por la actividad que desarrollan no tengan una supervisión superpuesta con el Registro Público, y evitar así discordancias entre los requisitos que tienen que cumplir las sociedades.

El encuadre de la SAU dentro de las disposiciones del art. 299 de la LGS, que impone exigencias que acarrear mayores costos, ha determinado que su uso ha quedado restringido para las empresas de mayor volumen, y eso es una cuestión que también deberá reverse para generar equidad.

Finalmente, por las distintas realidades que se visualizan en el derecho societario actual, no puede suponerse que deba siempre existir una fiscalización en defensa de los accionistas minoritarios, muchas veces inexistentes en el marco de sociedades unipersonales o de grupos

económicos sujetos a un único controlante final, ni someterse a revisión con igual estándar a decisiones societarias adoptadas en forma unánime.

No se pone en duda la conveniencia de la existencia de un registro que dé certeza acerca de la existencia de la sociedad como persona jurídica, que actúe emitiendo su partida de nacimiento y su certificado de defunción. Tampoco se discute la practicidad de que existan registros públicos que permitan determinar fácilmente a los responsables de la gestión empresarial, y que colaboren con la transparencia haciendo accesible cierta información societaria a todos los interesados.

Ahora bien, una cosa es la función de registro y publicidad, y muy distinto es que todas las decisiones y actos societarios deban ser sometidos al escrutinio del organismo de contralor societario. Así, ¿cuál es el sentido de que una sociedad que ha celebrado una asamblea en forma unánime, ha reelegido en el cargo de director a quien lo venía ocupando desde hace varios años, y que voluntariamente se presenta ante el Registro Público a informar esa designación, sea sometida a un control de legalidad, con la carga burocrática que ello conlleva de tener que presentar documentación certificada, solicitar dictámenes profesionales e incurrir en costosas publicaciones, si en definitiva la finalidad perseguida es hacer oponible esa decisión incontrovertida a los terceros que establezcan relaciones jurídicas con la sociedad, y para ello basta con su publicidad? Por ende, lo que debe reevaluarse es cuáles son los controles deben llevar a cabo los organismos de contralor societario en el ciclo vital de una sociedad, identificando claramente los intereses que se buscar proteger y definiendo en qué medida resulta necesario el involucramiento del Estado en esa tutela. No puede suponerse la incapacidad absoluta de quienes se relacionan con la sociedad en poder ejercer válidamente sus derechos sin la tutela del Estado, cuando ello es lo que ocurre en la mayor parte de las relaciones regidas por el derecho privado.

Para ello, sería beneficioso explorar el estándar de fiscalización de sociedades en base a criterios basados en la gestión del riesgo, independientemente del tipo societario elegido. Si la fiscalización a la que están sometidas las so-

ciedades no tiene un fundamento sólido, con un propósito claro que verdaderamente proteja a la sociedad o a los terceros, y son extremadamente engorrosas, se genera además riesgo de incumplimiento.

Finalmente, y en base a las mismas consideraciones antes efectuadas, debe también reevaluarse el régimen de fiscalización privado y la exigencia de sindicatura o comisión fiscalizadora en muchas de las sociedades hoy comprendidas por su obligatoriedad. En particular, debería también reconsiderarse las responsabilidades impuestas al órgano de fiscalización en virtud del art. 294 de la LGS, tomando en consideración responsabilidades asumidas por los auditores externos que en la práctica actúan en la revisión y auditoría de estados contables, evitando generar superposiciones de tareas que redundan en mayores trámites y costos de gestión para las sociedades.

III.2. Aplicar soluciones tecnológicas

También atentan contra la celeridad y eficiencia las formalidades impuestas por la LGS en tiempos donde las comunicaciones electrónicas y el mundo digitalizado no habían hecho su aparición. A diferencia de la época en la que fue concebida la LGS, hoy los administradores pueden recibir información pertinente a su negocio en forma constante e inmediata, y por lo tanto también pueden tomar decisiones comerciales muy rápido. La LGS actual contiene docenas de requisitos para la convocatoria, celebración, y formalización de reuniones del órgano de administración que, en su mayoría, no responden a esta necesidad. Por ende, resulta necesario rever tanto las formas en que se dan publicidad a los actos societarios, así como facilitar la gestión societaria recurriendo a los medios tecnológicos al alcance.

Si lo que se persigue es la publicidad de convocatorias a asamblea o de las decisiones adoptadas por las compañías que requieran oponibilidad a terceros, esto puede lograrse mediante la mera presentación de la información ante el Registro Público y poniéndola a disposición en un sitio público de internet, sin necesidad de mucho más. La publicación de un edicto en el Boletín Oficial y en un diario de mayor circulación, que nadie jamás leerá y que además

tienen su costo, se han tornado mecanismos que no parecen adecuados a los tiempos.

La tecnología moderna permite que una persona pueda iniciar un emprendimiento comercial, prestar sus servicios, y cobrar por ellos en forma totalmente digital. Ahora bien, no puede acceder a la oportunidad de constituir una sociedad de la misma manera, ni de gestionarla en forma digital. La incorporación de las sociedades anónimas simplificadas (SAS) al régimen legal, así como la modificación del art. 61 de la LGS permitiendo que casi la totalidad de los libros societarios y contables de las sociedades sean llevados en forma digital, no ha generado aun los cambios necesarios. No resulta razonable continuar con el copiado de actas en libros de papel rubricados, que implican la necesidad de traslado de los firmantes o de los libros, con los consecuentes pérdida de tiempo y gastos de movilización, cuando hoy en forma digital se realizan transacciones comerciales de gran cuantía y se emiten documentos públicos oficiales, lo que demuestra que existen medios tecnológicos suficientes para garantizar la cronología, integridad e inalterabilidad exigida por las disposiciones del Cód. Civ. y Com. y la LGS.

La posibilidad de adoptar decisiones en reuniones o asambleas donde no todos los asistentes se encuentran presentes físicamente, sino conectados por medio audiovisuales, ya se encuentra receptado en la normativa vigente. La pandemia de COVID-19 obligó a un ejercicio habitual para la convocatoria y celebración de reuniones por estos medios, habiendo permitido generar buenas prácticas en la materia. La grabación de dichas reuniones igualmente no se muestra como el mecanismo más conveniente para dejar constancia de lo acontecido, porque pueden resultar demasiado extensas y existir consideraciones de carácter confidencial en las conversaciones mantenidas que hacen al desenvolvimiento del negocio y de secretos comerciales. Por ende, el acta que sintetiza lo acontecido constituye la forma adecuada para respaldar las decisiones societarias, y debe trabajarse en elaborar mecanismos que puedan permitir su firma o la de los correspondientes registros de asistencia mediante recursos digitales.

En igual sentido, la firma de documentación contable exigida legalmente debería seguir

igual camino. Por ejemplo, la Superintendencia de Seguros de la Nación, ya ha adoptado hace algunos años para las compañías bajo su órbita, la posibilidad de remitir los estados contables (EECC) a través de Trámites a Distancia (TAD). Esto ha generado una agilidad previamente impensada; los EECC pueden remitirse al organismo de contralor firmados digitalmente por los administradores, síndicos, actuarios y auditores a través de sus propias cuentas de TAD, junto con una legalización también brindada en forma digital por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Ese EECC es fácilmente reproducible por la compañía, en forma gratuita. Hay que considerar que el reemplazo del papel, aparte de generar impacto ecológico positivo, agiliza los tiempos de cumplimiento de los requisitos normativos y facilita la tarea del organismo de contralor que puede recurriendo a las herramientas que brinda la tecnología tener información inmediata, en la cual puede realizar búsquedas y comparaciones rápidas agilizando cualquier fiscalización. A diferencia de esto, la mayoría de los registros públicos todavía requiere la firma ológrafa en los EECC. El esfuerzo que conlleva generar múltiples ejemplares originales firmados y legalizados genera complicaciones y demoras para cumplir con la totalidad de los requerimientos para hacer inscripciones y presentaciones ante el regulador, sobre todo cuando ya es de conocimiento público que hay alternativas viables a este sistema.

Asimismo, respecto del régimen informativo que conlleva una adecuada fiscalización, los conocimientos de un empresario deberían resultar suficientes para brindar toda la información y documentación que requiera el Registro Público en el marco de sus funciones de fiscalización vía digital. Plataformas como TAD, la Delegación Virtual del Boletín Oficial de la República Argentina, y la Autopista de Información Financiera (AIF) de la Comisión Nacional de Valores, han brindado una solución digital a los requisitos de proveer información y publicidad que deben cumplir las sociedades. Funcionan correctamente porque brindan respuestas ágiles, inmediatas, y permiten el uso de documentación electrónica que admite su fácil comunicación, tornándolas en reproducibles a ningún costo.

Por lo expuesto, cualquier revisión que se realice del régimen de fiscalización societaria, debe además propiciar la incorporación de innovaciones tecnológicas que coadyuven a esa finalidad. La incorporación en la LGS de la posibilidad de generar una estructura societaria constituida con bajos costos, y también requisitos accesibles, generará equidad en el mundo comercial. La posibilidad de acceder al mundo de los negocios con costos asequibles de dinero, pero también de información y conocimiento, generará en forma inequívoca la democratización del mercado. Además, coadyuvará a brindar transparencia, y un acceso más equitativo al mercado, pero también puede disminuir costos estatales derivados de su fiscalización.

III.3. Flexibilidad para el ingreso y egreso de socios

El mundo de los emprendimientos digitales pone de manifiesto que muchos de estos proyectos arrancan inicialmente con la idea y el trabajo de algunos y los aportes dinerarios de pequeños inversores que están dispuestos asumir un alto riesgo en un contexto donde no se vislumbra con certeza el éxito del emprendimiento, pero sin cuyo aporte la creación de la empresa posteriormente exitosa no hubiera sido posible.

En virtud de que la LGS ha cumplido medio siglo sin reformas relevantes en este sentido, no ha podido adaptarse a la presente realidad, ni menos adelantarse a los potenciales cambios sobre capitalizaciones, y distintos instrumentos de financiación de compañías que brinda la modernidad. Por ello, se debe avanzar en flexibilizar las formas de participación en el capital social, así como prever mecanismos que permitan facilitar el ingreso y el egreso de socios en determinadas circunstancias. El proceso de fiscalización, aprobación, y registración del capital social que se requiere hoy en día no permite conseguir el dinamismo necesario para la salida y egreso de socios en una sociedad.

En ese contexto, y teniendo en cuenta el derrotero del derecho societario en materia de adopción de tipos sociales, resultaría conveniente reevaluar las disposiciones del art. 167 en cuanto limitan los aportes de los accionistas a las obligaciones de dar, debiendo permitir flexibilidad para el ingreso de socios que realicen sus

aportes aportando trabajo personal y brindando ideas, que los otros socios están dispuestos a reconocer y valorar dinerariamente. Asimismo, para permitir que una empresa quiera incentivar a sus empleados mediante medios económicos, que estén atados a los resultados de la sociedad o a ciertos eventos de la vida societaria, motivando su desempeño y permanencia en la empresa sin necesidad de una contribución al capital social en dinero. Si la LGS incluyera un marco legal que le dé seguridad tanto al empleado como al empleador sobre las reglas claras aplicables a este sistema, los empleadores podrían contar con una herramienta concreta para incentivar a sus empleados.

Por otro lado, y ante la dificultad de acceso a los créditos, resulta necesario considerar ciertos instrumentos de financiación para emprendimientos locales que puedan concretarse entre privados dispuestos a realizar pequeñas inversiones en estadios tempranos de la vida social, a cambio de una futura participación que se materializará a futuro en base a ciertas pautas, y que permitirá a la sociedad registrar estos ingresos tanto bajo la modalidad de deuda como de aportes. La implementación de acuerdos de esta naturaleza, al estilo de los acuerdos "SAFE" (*'Simple Agreement for Future Equity'*) o "KISS" (*'Keep It Simple Security'*) del derecho norteamericano o los ABACOS (*Acuerdos Básicos Acciones a Compra*) del derecho mexicano se topan con ciertas limitaciones en el derecho argentino vinculados a las exigencias y plazos de integración del capital, a la regulación derivada de ella relativa a los aportes irrevocables que impone plazos para su capitalización y forma de realización, y con ciertas incertidumbres planteadas a partir de la regulación de los contratos preliminares en los arts. 994 a 996 del Cód. Civ. y Com. Desde la realización del aporte y la adquisición del derecho a la participación societaria hasta su efectiva conversión en acciones puede transcurrir una cantidad de tiempo indeterminada, y es posible que una siguiente ronda de financiación o un evento societario no ocurra. Sin embargo, estas herramientas benefician a la compañía, ya que adquiere financiación, y no incurre en un incumplimiento de pago, y también beneficia al inversor que recibe la participación en la sociedad una vez que se cumpla el evento que haya pactado con esta.

Este tipo de acuerdos requiere que pueda operar la autonomía de la voluntad, incluyendo ciertos derechos para el inversor, como el acceso a cierta información de la compañía, y garantizándole que llegado el momento de la conversión recibirá la participación convenida. Por ende, la posibilidad de poder limitar anticipadamente el derecho de suscripción preferente y al derecho de acrecer, consagrados en el art. 194, se tornan también cuestiones relevantes a reconsiderar en el marco de la normativa de la LGS.

Finalmente, y con el propósito de poder alentar mayores inversiones, debe también verse la forma de facilitar la salida de los socios, quienes deben vislumbrar anticipadamente que no verán indefinidamente anclada su inversión. En la actualidad, a la hora de querer desprenderse de acciones de una sociedad, los socios minoritarios se encuentran frente a un proceso complejo para encontrar un comprador al que le sea conveniente adquirir sus acciones. Por ello debe analizarse posibilitar esa salida por una recompra por la sociedad en algunos casos, lo cual se encuentra muy limitado en la actual LGS.

Por una parte, el derecho de receso se encuentra restringido a ciertas situaciones, como la transformación de una sociedad y demás supuestos enumerados en el art. 245 de la LGS, y basado en un precio que resulta de la valuación patrimonial proporcional resultante del último estado contable de la sociedad, que está sujeto a los avatares de la inflación y que no considera que el valor de la empresa puede estar dado por

factores distintos a su patrimonio neto. Por otra parte, conforme al actual 220 de la LGS una sociedad solo podría adquirir las acciones de este socio minoritario para cancelarlas con el previo acuerdo de una reducción de capital, pero esto significa que la decisión sobre la reducción de capital y, en consecuencia, la salida del accionista minoritario se encuentra en manos de los accionistas mayoritarios, que deben votar en este sentido en la asamblea. Los otros casos contemplados en la LGS requieren que exista la posibilidad de un daño grave, o en caso de que se adquiera una sociedad en la que participa. Por ende, estos mecanismos no se presentan como suficientes para responder a la inquietud planteada, y correspondería en las actuales circunstancias evaluar mecanismos que permitan flexibilizar esas disposiciones otorgando mayor margen a los acuerdos societarios.

IV. Conclusión

En conclusión, después de medio siglo de su creación, es hora de repensar ciertos puntos de la LGS. Eliminar las barreras de acceso, que no estaban pensadas para un mundo digital en el que emprender ya no es solo un privilegio para algunos, generará un mejor mercado, más transparente y beneficioso, que será más fácil de fiscalizar. Después del acceso, la LGS debe aportar herramientas suficientes para que quienes administran sociedades puedan administrar las sociedades con herramientas digitales, y financiarse correctamente, dentro de un marco regulado que permita el crecimiento de las sociedades, y genere mayor valor para todos.

Nuevos horizontes en materia de responsabilidad de administradores societarios

Emilio F. Moro (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La aplicación del Cód. Civ. y Com. (en su medida) al desempeño de los administradores societarios.— III. El ensanchamiento hacia la noción de dolo eventual y su impacto en la actuación de los administradores societarios.— IV. La existencia de ciertas y puntuales prestaciones a cargo de administradores societarios que califican como “obligaciones de resultado” y el impacto de su categorización por el nuevo Cód. Civ. y Com. (art. 1723) como factor objetivo de atribución.— V. *Compliance*, responsabilidad social empresarial y códigos de buen gobierno corporativo.— VI. La irrupción de la “hipervulnerabilidad” en el derecho del consumidor (res. 139/2020, SCI) y su impacto en la administración societaria.— VII. Brevísimas referencias a la admisión de la viabilidad de reparación —en ciertos casos— de daños indirectos en el Cód. Civ. y Com. (art. 1739) y su incidencia sobre la articulación de acciones individuales de responsabilidad (art. 279, LGS).— VIII. Trascendencia para la actividad empresarial.— IX. Conclusión.

I. Introducción

A poco más de cinco años de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com., puede aseverarse —sin temor al yerro— que su impacto en materia de responsabilidad civil, enlazado a cada una de las diversas disciplinas jurídicas donde la irrogación de un daño injusto motiva el deber de resarcir, ha sido enorme. No ha permanecido —ni podría haber permanecido— ajeno a ello el Derecho Societario.

Entre otras grandes reformas que el nuevo Cód. Civ. y Com. ha traído en materia de responsabilidad civil —en un contexto donde el

legislador deja de lado la limitación de los daños reparables (la famosa “serie cerrada” que dejaba fuera relevantes eventos lesivos) y acentúa (una vez demostrado el perjuicio) el principio de la reparación *plena o integral* (1) (art. 1740, Cód. Civ. y Com.)— se cuentan, a no dudarlo, la inclusión —antes discutida— de las *obligaciones de resultado como una hipótesis donde media un factor objetivo de atribución* (conf. art. 1723, Cód. Civ. y Com.) (2), y el *ensanchamiento de la noción de dolo* —antes circunscripta a su versión clásica encajada a la “manifiesta intención de dañar” del art. 1072

(*) Doctor en Derecho (UNL) (tesis sobresaliente). Magíster en Derecho de la Empresa por la (UA) (medalla de Oro al Mejor Promedio y Premio “Mejor Tesina”). Mención especial “Joven Jurista de Argentina” otorgada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de grado en Derecho Civil II y Derecho Societario (UNL y UNER). Profesor en la Maestría de Derecho de Empresa (UA).

(1) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad civil en el proyecto de 2012”, en RDPC, 2012-3, p. 452.

(2) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Prueba de la culpa, de los criterios objetivos y de la relación de causa a efecto”, Revista de Derecho de Daños, 2012-3 (“Proyecto de Código Civil y Comercial”), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 408/409.

del código velezano— hacia los confines del llamado *dolo eventual* (3).

En el mismo sendero, puede incluirse lo atinente a la posibilidad de reparar, ahora, también, los *daños indirectos* (conf. art. 1739, Cód. Civ. y Com.), con legitimación activa ampliada.

La referencia al “dolo” que el art. 274 LGS incluye como factor de imputación dentro de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, bien se ha advertido, luce sobrea-bundante, pues consignando la precitada norma la responsabilidad por culpa, no podría no incluir la sanción a una conducta dolosa de los administradores, la cual, incluye, por cierto, la intención de beneficiarse a expensas de la sociedad administrada y sus accionistas (4). Empero, en otras áreas que se enlazan a su responsabilidad —como lo es la zona de insolvencia— la *acreditación del dolo es conditio sine qua non para la procedencia de la acción resarcitoria* del caso (v. gr., art. 173, LCQ) o bien aparece como *causal de una mayor extensión del resarcimiento*, por ejemplo (aunque esto sucede, en general, en toda hipótesis de eventos lesivos resarcibles), en materia de Defensa de la Competencia y violación a la ley 27.442 (ya sea por abuso de posición dominante o acuerdos ilícitos o colusorios entre competidores que promueven la cartelización de determinados mercados), en los casos —claro está (que los hay)—, en que ello sea achacable a los administradores (5).

(3) Cfr. CALVO COSTA, Carlos A., "Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, p. 156.

(4) Cfr. BALBÍN, Sebastián, "Curso de Derecho de las sociedades comerciales", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 711.

(5) Cfr. TREVISAN, Pablo, "Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en TREVISAN, Pablo - CHAMATRÓPULOS, Alejandro y otros (dirs.), Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 441 y 453. "Los administradores de las empresas que hubieren infringido la LDC, pueden ser sujetos pasivos de las acciones de responsabilidad civil. Los administradores y representantes de las sociedades tienen el deber de obrar con lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. El incumplimiento de esta obligación implica la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resulten de la acción u omisión de quien fuere el autor de la falta. (...) En caso de dolo,

La estructura central del sistema de responsabilidad civil, en cualquier caso, mantiene su clásica vertebración en sus presupuestos básicos y ello rige, asimismo, para la responsabilidad de los administradores societarios (6): a) antijuridicidad; b) factor de atribución; c) daño resarcible; y d) nexo de causalidad.

La responsabilidad de los administradores societarios, cual hipótesis específica que —en la dinámica de la *conducta humana en interferencia intersubjetiva* que configura el objeto del derecho— puede acaecer, queda enmarcada, así pues, en tal contexto y bajo las aguas de estas nuevas directrices que trae el actual Cód. Civ. y Com.

Empero, no solo el rostro de la responsabilidad civil de los administradores societarios se ha “transfigurado” conforme estos *nuevos confines* que ha abierto el Cód. Civ. y Com., sino que también, a lo largo de los últimos años, otros fenómenos normativos —cuya génesis ha provenido de diversas fuentes de derecho (v. gr., jurisprudencia, principios jurídicos, usos y costumbres, resoluciones administrativas, etc.)—, han bosquejado estos nuevos horizontes de que hablamos en el título.

II. La aplicación del Cód. Civ. y Com. (en su medida) al desempeño de los administradores societarios

Estamos conscientes de que no debiera ser necesario desarrollar en un acápite separado la razón de ser que explica que el nuevo Cód. Civ. y Com., en su medida (7), devenga aplicable a la dinámica interna del funcionamiento de las personas jurídicas privadas, incluyéndose en tal categoría, como

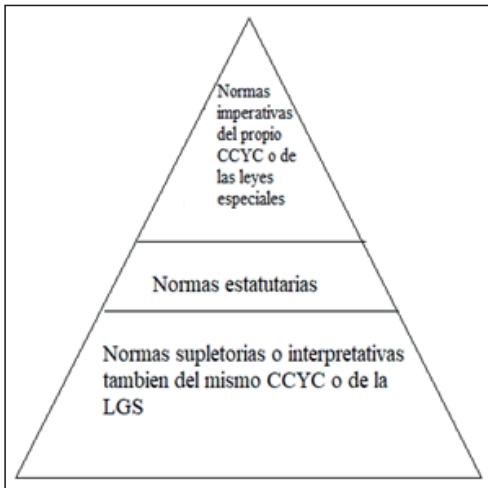
además de las consecuencias mencionadas para el caso de conductas culposas, también podrán llegar a ser imputables las consecuencias casuales".

(6) Cfr. NISSEN, Ricardo A., "Curso de Derecho Societario. La ley 19.550 con las reformas efectuadas por la ley 26.994 y su adecuación al Código Civil y Comercial", Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 481.

(7) Nos parece importante reparar —para evitar malentendidos— en la precisión con que tratamos de utilizar los términos: "...en su medida...". Así como no es lógico predicar una aplicación in totum del Cód. Civ. y Com. a toda situación societaria-interna, tampoco puede serlo vedar toda injerencia al Cód. Civ. y Com. en materia societaria —como alguna doctrina, en los hechos, lo pretende—, a riesgo, caso contrario, de transgredir abiertamente normas imperativas de este digesto.

es claro, a las sociedades mercantiles y sus administradores. Empero, los cuestionamientos que, en la materia, ha exteriorizado cierto sector doctrinario (8), tornan menester hacerlo.

Gráfico 1



El art. 150 del nuevo Cód. Civ. y Com., como es sabido, establece: “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”.

Como bien lo ha sostenido Saux —cuya autoría en la materia sería insólito controvertir—, se trata esta de una “disposición novedosa pero destacable” (9), “elogiable” (10), con fuente en el art. 146 del Proyecto de Cód. Civil de 1998, y que viene a colocar al operador jurídico, “puesto en la labor de discernir bajo qué reglas la persona jurídica privada bajo consideración debe desenvolverse, tiene una escala secuencial de fuentes: ante todo, las normas imperati-

vas del propio Código o de las leyes especiales; en segundo lugar, las normas estatutarias (...) y, si estas nada dijeran con relación al tema a esclarecer, las normas supletorias o interpretativas también del mismo Código o de leyes especiales” (11).

Los diferentes cuerpos legales mencionados en esta disposición contienen normas *dispositivas e imperativas*. Sin perjuicio de ello, lo que es claro es que, de la literalidad de la disposición legal de marras, se concluye que: Se aplican a las personas jurídicas privadas que se constituyen en el país, las normas imperativas que establecen las leyes especiales (v. gr., la LGS), luego normas estatutarias, y que, ante la falta de tales cuerpos, *se aplican las normas contenidas en el Cód. Civ. y Com.* (12).

Dicho esto, nos preguntamos: *¿a qué segmento o a qué norma de la LGS se contraponen estas innovaciones que —respecto de temas varios de responsabilidad civil— ha traído el Cód. Civ. y Com.?* La respuesta es clara y contundente: *A ninguna*. Y si ello es así, sin ánimo de caer en conclusiones simplistas —a las que no somos ni nunca hemos sido afectos—, *no vemos cómo puede decirse que los actuales arts. 1723, 1724 o 1739 Cód. Civ. y Com. no se apliquen a la regulación de la responsabilidad de los administradores societarios, más aún cuando se tratan de normas imperativas (se cataloguen o no de orden público) pues, por ejemplo, no es admisible que, por autonomía privada, las partes dejen fuera del radio de aplicación a una relación jurídica la responsabilidad por dolo* (art. 1743, Cód. Civ. y Com.).

La nueva normativa, así entonces, del Cód. Civ. y Com., que, “de forma muy conveniente” (13), contempla en el art. 1724 como factor de atribución al *dolo eventual*, tiene incidencia en múltiples áreas, tales como en la acción concursal de responsabilidad prevista en el art. 173 LCQ, al haberse dejado de lado la noción de dolo contemplada en el art. 1072 del viejo Cód. Civil. A partir de esta modificación, es

(11) *Ibidem*.

(12) Cfr. TOBIAS, José, “Comentario al art. 150”, en ALTERINI, Jorge (dir.), Código Civil y Comercial comentado, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 1062.

(13) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Prueba de la culpa...”, *ob. cit.*, p. 414.

(8) Cfr. ROVIRA, Alfredo, “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades”, LA LEY, 2016-F, 515.

(9) SAUX, Edgardo I., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 567.

(10) *Ibidem*, p. 569.

que la jurisprudencia tiene el marco legal para abarcar conductas dañosas que quizás, otrora, hubieran permanecido impunes y hasta tal vez, antes del año 2015, podrían haberse considerado “algo no doloso”, permitiendo, ahora, verbigracia, *la operatividad del régimen de responsabilidad concursal* (14).

III. El ensanchamiento hacia la noción de dolo eventual y su impacto en la actuación de los administradores societarios

III.1. La actuación conforme la “lealtad y diligencia” de un buen hombre de negocios (art. 59, LGS) que ha de asumir todo administrador societario

El nudo gordiano en la atribución de responsabilidad a administradores societarios (sea en el seno de *relaciones internas o externas*) discurre por el módulo ideal del *buen hombre de negocios* del art. 59 LGS que trasunta “un elemento de conocimiento y destreza en las cuestiones vinculadas al tráfico mercantil (...) y que denota un conocimiento vasto en materia de negociaciones al mismo tiempo que comprende el modo y la forma en la cual el mercado se comporta” (15).

La variedad de conductas que pueden implicar negligencia o imprudencia al momento de dirigir sociedades comerciales es infinita e imposible de delimitar, en catálogos cerrados. Cualquier tipificación taxativa es fútil y está destinada a la más absoluta intrascendencia. En el mejor de los casos no podría tener sino ambiciones enunciativas. La envergadura de la compañía, la clase de actividad que desarrolle, la época en la que nos ubiquemos, y un largo etcétera que no viene a cuento enumerar, son algunas de las variables que tornan inviable cualquier intento en ese sentido.

(14) MICELI, María Indiana, “La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en la acción concursal de responsabilidad”, IX Congreso Argentino de Der. Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia —septiembre 2015, Villa Giardino, Córdoba—, t. IV, Fespresa, 2015, p. 212.

(15) VÍTOLO, Daniel R., “Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales”, Legis, Buenos Aires, 2007, p. 14.

Así las cosas, el parámetro de la “lealtad y diligencia del buen hombre de negocios” aunque “vago, si se quiere, se justifica en la propia y etérea naturaleza de las conductas que, en punto a su responsabilidad, los administradores deben satisfacer” (16).

De esta suerte, no puede extrañar que el acogimiento de esta fórmula por los legisladores que concibieron la LGS en 1972, haya sido recibida con beneplácito en su momento y siga ponderándose como una técnica sabia y acertada en aras de regular la culpabilidad de los administradores societarios (17).

Sin perjuicio de que este modo de abordaje normativo —a través de “cláusulas abiertas” (por decirlo en forma sencilla)— es cada vez más frecuente en nuestro tiempo (18), lo cierto es que, en el campo de la administración societaria, no parece haber otra modalidad más atinada o coherente (19).

Desde ya digamos que el *standard* del art. 59 LGS solo implica un margen de discrecionalidad mayor para el juez, pero en modo alguno se enanca —como equivocadamente suele creerse— en un contexto (el sistema jurídico) donde el resto de los conceptos tiene una directa correlación con la materia fáctica que pretende regularse, encontrándose exento de dificultades interpretativas. Si es cierto que existe una “indeterminación constitutiva” del derecho *solo resta preguntarse, en cada área del ordenamiento, cuál es el “quantum de discrecionalidad” que la ley deja en manos del juez en cada caso concreto* (20), lo cual, no debe causar escozor pues, de

(16) BALBÍN, Sebastián, “Acción social de responsabilidad contra el Directorio”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 24.

(17) Cfr. ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. IV, p. 880.

(18) Cfr. GALDÓS, Jorge y otro, “La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la suprema corte bonaerense”, RDD [La culpa-I], 2009-1, p. 161.

(19) Contr. GEBHARDT, Marcelo, “Propuestas de modificaciones en el sistema del gobierno corporativo de las sociedades”, en Jornadas de Derecho Económico Empresarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 105/111.

(20) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “El Derecho y el quehacer de los juristas”, LA LEY, 2012-B, 1150.

la misma forma que otros conceptos de similar talante (“orden público”, “moral y buenas costumbres”, etc.) siempre la decisión judicial (o administrativa, en su caso) habrá de sujetarse al test de razonabilidad y no podrá ser nunca arbitraria, a riesgo de ser, en dicha eventualidad, inconstitucional.

Si bien la vara que suele emplearse para medir la culpabilidad de los administradores es, genéricamente hablando, la ya mencionada fórmula del art. 59 de la LGS, conviene, por razones de rigurosidad, diferenciar el deber de lealtad (*duty of loyalty*) del deber de diligencia (*duty of care*).

El primero tiene como norte evitar que los administradores —por muy diligentes que puedan ser— obtengan beneficios a expensas de la sociedad a través de la concreción de actos en los que está presente un conflicto entre el interés de estos y el de la sociedad. El segundo prescribe que los administradores desarrollen las prestaciones a su cargo con la idoneidad, capacidad y eficiencia que exige el cargo en pos del óptimo desenvolvimiento de los negocios sociales y cumplimiento del objeto social (21).

En cualquier caso, no por nada la LGS incluye bajo la égida de una misma norma (art. 59) estos deberes. No cabe, entonces, exagerar las diferencias. Por ello es por lo que, bien que se mire, en toda falta al deber de lealtad subyace una falta de diligencia y viceversa (22).

III.2. La expansión conceptual de la noción de “dolo” como factor subjetivo de imputación

La actuación antijurídica y dañosa de quienes invisten la función de administrar sociedades —acreditada que haya sido su existencia— puede ir enlazada, en lo que hace a las específicas acciones de responsabilidad que puedan haberse incoado, al factor de atribución subjetivo del “dolo” que venimos de mencionar y que, obviamente, debe cohonestarse —en su abordaje— con la regulación del Cód. Civ. y Com.

Apareciendo muchas veces de una evidencia incontestable la antijuridicidad, el daño resarcible y el nexo de causalidad en la conducta de los administradores sindicados de responsables, resta, muchas veces, abordar —singularizadamente— el *factor de imputación subjetivo* específico que exigen normativas puntuales que, como la LCQ en su art. 173, fijan al “dolo” como requisito de inexorable acreditación.

Recordemos que conforme el actual art. 1724 del Cód. Civ. y Com. el dolo “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Ello ha implicado, como ya lo hemos dicho, una *flexibilización del concepto clásico de dolo* que —como factor de atribución— traía el Cód. de Vélez Sarsfield en cuanto a que, ahora, abarca muchos otros supuestos fácticos además de la “manifiesta intención de dañar” del viejo art. 1072, incluyendo, así las cosas, según venimos señalándolo, *todo evento lesivo achacable a dolo eventual*.

Se han seguido para la redacción de esta norma las enseñanzas que, mucho tiempo antes de la entrada en vigencia del nuevo digesto (2015), vertieran en innumerables oportunidades —entre otros— Mosset Iturraspe y Kemelmajer de Carlucci (ésta última, como se sabe, integrante de la Comisión que tuvo a cargo la redacción del nuevo digesto).

Así, en cuanto a la necesidad de esta flexibilización del concepto de dolo, incluyendo allí al “dolo eventual” también —y su consiguiente cercanía y vecindad con la noción de “culpa grave”—, ya señalaba Kemelmajer de Carlucci que “[a]unque la culpa grave y el dolo son conceptos teóricamente no asimilables, en los casos prácticos es muy difícil distinguir cuándo el deudor ha incumplido deliberadamente de aquellos en que no ha observado la diligencia que cualquier persona hubiese puesto para cumplir la obligación. Desde antiguo los romanos equipararon el dolo o la culpa grave, pues no son diferenciables ante los casos concretos” (23).

(21) Cfr. CNCom., Sala B, “Siempre SA c. Rao, Francisco”, 22/09/2006, RSYC, nro. 41, p. 222.

(22) Cfr. DOBSON, Juan I., “Interés societario”, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 95.

(23) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R., “Los factores subjetivos de atribución”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.) - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (coord.), Responsabilidad civil, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 170.

Y Mosset Iturraspe, por su parte, ya explicaba que “el dolo, al igual que la culpa, admite graduaciones de las cuales surgen diversas especies: dolo directo, dolo directo de segundo grado y *dolo eventual*, destacadas por la doctrina penal y que parece ha olvidado la doctrina civil” (24). Pues bien, ese “olvido” que, en 1998, apuntaba el maestro santafecino, hoy ha dejado de ser tal: La expresión “de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los derechos de terceros” incluye en su seno al “dolo eventual” (25).

Ambas elaboraciones, antes de fuente jurisprudencial (26) y doctrinaria, hoy ya tienen estatura y envergadura de ley: el nuevo Cód. Civ. y Com.

Es decir, que el hecho de que una conducta achacable a “dolo eventual” quede hoy incurso, claramente, en el radio de la norma del art. 1724 Cód. Civ. y Com. es tema ya indiscutido y —si se nos permite la expresión— “pasado en autoridad de cosa juzgada a nivel de Derecho positivo” (como lo es el vigente Cód. Civ. y Com.). Como bien se ha dicho, en el vigente art. 1724 del Cód. Civ. y Com., existe una clara “...flexibilización del concepto en razón del dolo eventual. El dolo eventual es una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos; el dolo intencional, diferentemente, importa una decisión deliberada de ocasionar el daño a la víctima” (27).

Tal *elasticidad* del actual concepto de dolo ha sido apuntada, también, por Martorell: “...A partir del 1° de agosto de 2015, en el art. 1724 se ha

(24) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. I, p. 163.

(25) Cfr. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Prueba de la culpa...”, ob. cit., p. 414.

(26) Por ejemplo, CNCiv., Sala M, “Martínez y Lutz SRL y otra c. Microsoft Corporation”, 10/11/2006, RCyS, 2007, p. 654. En similar sentido, cfr. CALVO COSTA, Carlos A., “Incidencias...”, ob. cit., p. 156. “Mientras el Cód. Civil se refería únicamente al dolo directo (es decir, aquél dirigido a causar un daño, art. 1072), el art. 1724 incorpora también el dolo eventual (la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el perjuicio que puede ocasionar), por la referencia, además de la intencionalidad, a la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

(27) MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El dolo en la responsabilidad civil”, LA LEY, 2018-E, 705.

flexibilizado, asimismo —y en forma notoria—, la noción de ‘dolo’. Mientras en el Cód. de Vélez solo había ‘dolo’ cuando se sabía lo que podía pasar y se actuaba queriendo que eso pasara, exigiéndose la reunión de 2 (dos) elementos para tenerlo por configurado —uno el cognoscitivo, o sea el acto ejecutado ‘a sabiendas’, y otro el volitivo o la intención de dañar—, ahora, en el nuevo Cód. Civ. y Com. solo se exige la intención. En los hechos, entonces, *bastará la previa representación o conocimiento de las consecuencias del acto llevado a cabo con la ‘manifiesta indiferencia por los intereses ajenos’* enunciada en la norma, habiéndose dado cabida así en el nuevo texto legal al denominado ‘*dolo eventual*’, que en el Cód. de Vélez se hallaba excluido” (28).

Queda entonces, a tenor de lo reseñado en este acápite, más que claro que con el nuevo Cód. Civ. y Com., y la letra de su art. 1724 (*in claris non fit interpretatio*), el dolo eventual se incluye en el supuesto de hecho de la norma.

III.3. Dolo eventual: caracterización

La teoría del *dolo eventual* —tal como se ha señalado desde el derecho penal (universo, donde, indudablemente, ha tenido más desarrollo y profundización este concepto)— surgió para tratar de incluir en el ámbito del dolo una serie de casos que no se adaptaban fácilmente a los elementos estructurales de este, pero que, de todas formas, los jueces asimilan al dolo, porque un elemental sentimiento de justicia lleva a que sean tratados con la misma severidad que la que se utiliza para los que son —indiscutiblemente— dolosos (29).

En el *dolo eventual*, así las cosas —enmarcados en “escalón más bajo de la culpabilidad dolosa” (30)— el sujeto dañador “...se representa

(28) MARTORELL, Ernesto E., “Responsabilidad de los auditores y de las calificadoras de riesgo: ¿Subjetiva u objetiva?”, Revista de Derecho de Daños, 2017-2, p. 344. Con similar terminología, cfr. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Comentario al art. 1724 del CCyCN”, en RIVERA, Julio-MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1033.

(29) Cfr. TERRAGNI, Marco, “Dolo eventual y culpa consciente”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 79.

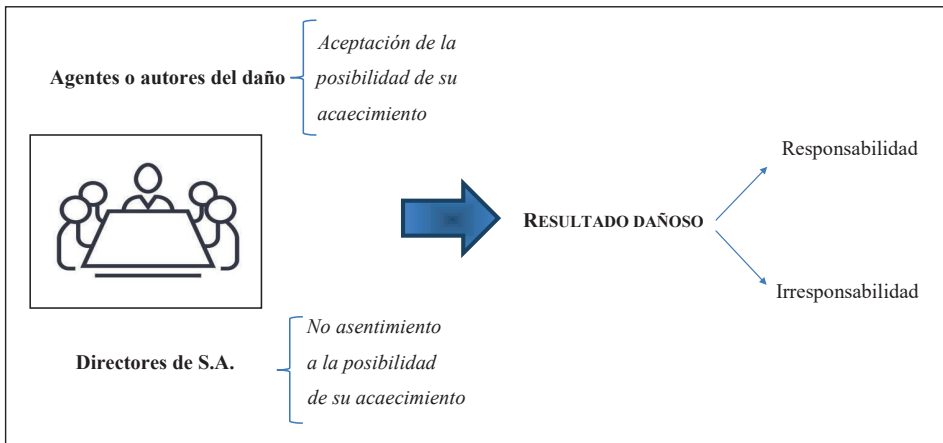
(30) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal. Introducción y Parte General”, act. por Guillermo A. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 327.

la posibilidad de un resultado que no se desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo. Aunque diferentes, al igual que en la culpa consciente se prevé como posible la realización del resultado (...) *En el dolo eventual se exige: a) La representación del resultado como posible; b) El consentimiento en que se produzca; y, c) La condición de que de haber estado convencido el agente de la producción de dicho resultado habría omitido su acto” (31).*

En cualquier caso, no cabe perder de vista que las múltiples inconductas y hechos dañosos, que —por supuesto— en un plano potencial, en nuestro país y allende sus fronteras, hacia el ente societario, sus accionistas o terceros, puedan llevar a cabo determinados directores de sociedades anónimas, muchas veces, igualmente, caerían bajo la antigua concepción restringida del dolo que regía en el art. 1072 del Cód. de Vélez, encajando derechamente en la “manifiesta intención de dañar” allí antes receptada.

Mas, y este es el punto, en muchas ocasiones, luego de la entrada en vigencia del actual Cód. Civ. y Com., aun cuando aquello pudiera no ser de ese modo, de lo que no podrá haber duda es que, por lo menos, podrán ser achacables —ahora— a una conducta dañosa atribuible a dolo eventual como factor subjetivo de atribución, dado el ensanchamiento conceptual operado en función del actual art. 1724 Cód. Civ. y Com.

Gráfico 2



Es decir que el sujeto dañador “se representa” la posibilidad de un resultado dañoso e igualmente consiente en que se produzca tal lesión o hecho ilícito. Puede que los directores, en verdad, hayan “deseado” el resultado dañoso que finalmente se haya producido (dolo directo); empero, de no considerarse ello así, muchas veces será francamente imposible pensar que —de mínima— no “se hayan representado” el impacto dañoso hacia el patrimonio de la sociedad, sus acreedores o accionistas, y que, a pesar de ello, lo aceptaran y consintieran.

Volviendo a centrarnos en nuestro derecho positivo (art. 1724, Cód. Civ. y Com.), bien se ha explicado que “[d]olo importa la 'intención deliberada de un agente de causar un daño' (visión clásica) o una 'manifiesta indiferencia por los intereses ajenos' (dolo eventual). En el dolo eventual existe la realización de una conducta, con una representación de un resultado posible pero no querido; se habla de un menosprecio por los bienes jurídicos ajenos. (...). La 'manifiesta indiferencia' requiere

(31) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad...", t. I, p. 164.

una representación del posible resultado dañoso (y pese a ello, continuar 'intencionalmente' con la realización de actos que pueden tener consecuencias perjudiciales). Lo grave es que se tuvo conciencia de una posibilidad seria y concreta de la ocurrencia del daño y no se modificó su conducta dañosa" (32).

Así las cosas, puede concluirse sin mayor dificultad que la *ampliación de la noción de dolo* operada en función del art. 1724 alcanza a todo evento lesivo para cuya configuración sea menester la presencia de "dolo" como factor de atribución, tal como sucede con la responsabilidad de administradores societarios en determinadas hipótesis (v. gr., art. 173, LCQ).

III.4. La incidencia de la apuntada proyección del "dolo eventual" con relación a determinadas acciones de responsabilidad: el caso del art. 173 de la LCQ

El dispositivo del art. 173 LCQ, orientado a resarcir los actos dañosos cuya comisión va comúnmente acompañada a la prolongación del estado de insolvencia (sea en su modalidad de "producir", "facilitar", "permitir" o "agravar" dicho estado), tales como operaciones ruinosas con dicho efecto, daciones en pago, constitución de garantías sobre créditos quirografarios anteriores, etc. (33), mereció, en su momento, la crítica de la más calificada doctrina (34), al recortarse las chances de éxito de toda acción resarcitoria ejercida bajo el andarivel de esta norma, al exigirse la demostración —siempre difícil— del factor de atribución del dolo (máxime teniendo en cuenta la acepción anterior en el Cód. de Vélez como "manifiesta intención de dañar").

(32) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "El dolo en la responsabilidad civil", LA LEY, 2018-E, 705.

(33) Cfr. VÍTOLO, Daniel R., "Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras nro. 24.522", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 345.

(34) Cfr. MAFFÍA, Osvaldo J., "La Ley de Concursos comentada", Depalma, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 118. Apuntaba aquí este brillante y eminente jurista, la diferencia del régimen del art. 173 de la LCQ con el texto de la vieja ley de concursos y quiebras (ley 19.551), más generosa en cuanto a las posibilidades de resultado efectivo en el ejercicio de esta acción, al posibilitar su procedencia, no sólo en casos de "dolo", sino también de "...infracción a normas inderogables..."

En la hora actual, sin embargo, la norma del art. 173 LCQ, coonestada con el vigente art. 1724 Cód. Civ. y Com., a la luz de las construcciones jurisprudenciales y doctrinarias que venimos de reseñar, ha supuesto un *giro de gran significación en el tema. Se robustece la posibilidad de un efectivo resarcimiento: la sanción prevista en el art. 173 LCQ deja de ser una quimera y se activa aún con la presencia de dolo eventual (35). En otras palabras: "La norma (art. 173 LC) requiere de dolo, aun eventual, como factor de atribución" (36).*

Es que, como no podía ser de otra manera, el Cód. Civ. y Com. ha incidido en leyes especiales y —en lo que aquí interesa— en preceptos que en el régimen concursal legislan este tema. En efecto, estas acciones contempladas en el estatuto falencial pivotean sobre el dolo como factor de atribución de la conducta dañosa, y el Cód. Civ. y Com. ha introducido —como venimos de subrayarlo— un nuevo concepto de dolo pues el art. 1724, al regular los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, considera que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

La noción de "dolo" del art. 173 de la LCQ ha de ponderarse, así entonces, en cuanto a su consistencia misma, acorde a las normas pertinentes del Cód. Civ. y Com. (básicamente, el ya mencionado art. 1724) y que, incluye en su seno, como hemos visto, al *dolo eventual*.

IV. La existencia de ciertas y puntuales prescripciones a cargo de administradores societarios que califican como "obligaciones de resultado" y el impacto de su categorización por el nuevo Cód. Civ. y Com. (art. 1723) como factor objetivo de atribución

Hace quince años planteábamos (37) que la aseveración —por algunos sectores elevada a estatura de verdadero dogma— de que solo re-

(35) JUNYENT BAS, Francisco - FERRERO, L., "Alcances y delimitación del dolo en la acción concursal de responsabilidad. Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", DCCyE, 2013 (abril), p. 3.

(36) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "El dolo en la responsabilidad civil", LA LEY, 2018-E, 705.

(37) Cfr. MORO, Emilio F., "Olvidando a Demogue (¿Quién dijo que son siempre "de medios" las obligaciones de los administradores societarios?)", ED, 225-913.

caían en las espaldas de administradores societarios *obligaciones de medios* no pasaba de un *sofisma* que, como tal, no era posible seguir sosteniendo.

Con la excepción de algunos autores (38), la mayor parte de la doctrina enarbolaba la tesis —que, justamente, pretendimos refutar en aquel trabajo— de que *todas* las prestaciones a cargo de administradores societarios eran obligaciones de medios. Por los fundamentos allí vertidos, y sobre los cuales volveremos —bien que brevemente— en este artículo, entendimos, a la sazón, haber refutado aquella postulación: *Existían (y existen, claro está) determinadas prestaciones en cabeza de todo administrador —sea cual fuere el tipo societario y sea cual fuera la envergadura de la hacienda empresaria que subyace a la “estructura de recepción” (39) que supone toda sociedad comercial— que califican como claras obligaciones de resultado* (v. gr., confeccionar y hacer aprobar estados contables al cierre de cada ejercicio, celebrar reuniones de directorio con periodicidad mínima trimestral en las sociedades anónimas, convocar a asambleas con la periodicidad mínima exigida legalmente, realizar las inscripciones de rigor ante el Registro Público de Comercio, etc.) (40). “Parcelarias” o “fragmentarias”, según gráficamente se ha dicho (41), pero *obligaciones de resultado*, al fin y al cabo.

Empero, nos precavíamos bien de señalarlo en ese trabajo, *no compartíamos la opinión de quienes —siguiendo una importante corriente doctrinaria (42)— colocaban a las obligaciones de resultado, derechamente, en el terreno de la responsabilidad objetiva*. En cambio, soste-

(38) Cfr. MARTORELL, Ernesto E., "Directores de sociedades anónimas", Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 394.

(39) PAILLUSSEAU, Jean, "La modernización de las sociedades comerciales", LA LEY, 1997-B, 1411.

(40) Contr., con profundos argumentos —que, no obstante, su riguroso desarrollo, no compartimos—, remarcando que todas las obligaciones asumidas por administradores son de medios, BALBÍN, Sebastián, "Curso...", ob. cit., p. 705.

(41) PREVOT, Juan M., "Obligaciones de medios y de resultado. Revisión crítica de la clasificación", LA LEY, 2007-B-855.

(42) Cfr., por todos, BUERES, Alberto, Responsabilidad civil del escribano, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 55 y ss.

níamos que la distinción entre obligaciones de resultado y de medios —bien que pudiera ser exagerada en cuanto a su real importancia— mantenía inocultables implicancias prácticas, pero que ellas estaban dadas —no por subvertir el factor de atribución aplicable en uno y otro caso (subjetivo u objetivo)— sino por el hecho de modificarse el *onus probandi* en el proceso de daños de que se trate.

Con lo dicho, la responsabilidad de los administradores societarios seguía navegando bajo las aguas de la responsabilidad subjetiva, bien que, cuando la inconducta tachada como representativa de un mal desempeño del cargo supusiera una obligación de resultado, el damnificado-accionante (socio, la sociedad o un tercero) no tenía sobre sus espaldas la carga de probar el factor de atribución (culpa), ya que este se presumía. La jurisprudencia de la CNCom, en ciertos precedentes, sostuvo esta línea de pensamiento, ponderando la existencia de determinadas prestaciones a cargo de los administradores societarios que calificaban como obligaciones de resultado (43).

Sin embargo, como en tantas otras cuestiones de derecho privado patrimonial, el advenimiento del nuevo Cód. Civ. y Com., provocó un verdadero cimbronazo en la materia. La norma plasmada en actual art. 1723 Cód. Civ. y Com. vino a dar por tierra con quienes —como el suscripto— postulábamos que las obligaciones de resultado seguían emplazándose —bien que con una subversión en cuanto a la carga de la prueba— bajo la égida de la responsabilidad subjetiva. El texto actual no deja lugar a dudas y es bien contundente: "Art. 1723. Cód. Civ. y Com.: Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, *su responsabilidad es objetiva*".

Y, si bien no hemos sido nunca partidarios de la aplicación "mecánica" que, lamentablemen-

(43) Cfr. CNCom., Sala A, "Rodríguez, Adriana M. y otro c. Bóveda, Carlos H. y otro s/ Ordinario", 17/05/2002, LA LEY, 2003-A, 842; IMP, 2003-A, 1475. En el mismo sentido, cfr. CCiv. y Com., 2ª Nom., Córdoba, "Ulla, Narciso A. O. c. Druetta, Lucía Alejandra", 08/11/2007, en NISSEN, Ricardo A. y otros (dirs.), "Nuevas Doctrinas Judiciales en Materia de Sociedades Comerciales", FIDAS, Buenos Aires, 2009, ps. 92/95.

te, más de una vez se efectúa de enunciados deónticos de esta índole, bajo la advocación de que su texto es “claro” y no deja lugar a dudas —acudiendo al conocido aforismo *in claris non fit interpretatio* (44)— lo cierto es que cuando una manda legal se exhibe de una forma tan contundente en cuanto a la directriz que recepta, no es posible —se esté o no de acuerdo con su contenido— ignorar su sentido y alcance.

Si ello es así, y si, como lo sostuviéramos hace un tiempo —y aún con más razón en los tiempos actuales— hay ciertas prestaciones a cargo de administradores societarios que permiten ser catalogadas como obligaciones de resultado, no es muy difícil concluir, entonces, que, *esa “parcela” de su responsabilidad civil* (45) estará gobernada —luego de lo establecido por el nuevo art. 1723 (Cód. Civ. y Com.)— por las reglas de la responsabilidad objetiva (46).

El problema es que, al no repararse en que *el acto jurídico (contrato o no) que anuda a los directores con la sociedad es causa-fuente —no ya de una única y “gobernante” obligación principal*

(44) Para una sólida refutación de este criterio, cfr. MORESO MATEOS, José J. - VILAJOSANA, Jordi, "Introducción a la teoría del Derecho", Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 148.

(45) Remarcamos: "esa parcela", y no la integridad de la situación jurídica que enlaza a administradores y el ente societario, que sigue siendo, genéricamente, una obligación de medios, pero donde —nos parece— no es posible asignar a todas las obligaciones que surgen de una misma causa-fuente, idéntica caracterización en este punto, existiendo algunas que merecen categorizarse como obligaciones de resultado.

(46) Contr. MARCOS, Fernando J., "La inaplicabilidad del factor objetivo en las obligaciones de resultado a cargo de los administradores societarios", RDCO, 301, p. 57. Recomendamos la lectura de este excelente trabajo, porque —en un tema verdaderamente complejo como éste— si bien con una opinión diversa a la nuestra, el autor construye muy interesantes y profundas argumentaciones que enriquecen el debate y merecen detenerse en ellas. Entre otros pasajes, nos parece especialmente original la idea del autor en el sentido de que "...para las situaciones y relaciones jurídicas más complejas como son las que se dan en el ámbito de las sociedades, mantiene plena vigencia la diferenciación que la doctrina había hecho desde hace tiempo en obligaciones de resultado ordinarias y atenuadas, a la que algunos autores han sumado las agravadas, estas últimas caracterizadas porque el sistema es aún más exigente" (Idem, p. 62).

(*que sería “de medios”*)— sino de una pléyade de obligaciones, diversas en el carácter de las prestaciones comprometidas, se cae en el reduccionismo de sostener que siempre y en todos los casos estamos ante una obligación de diligencia.

Y es que, por lo demás —y como bien se ha apuntado—, también en los sectores de la responsabilidad médica y abogadil (tradicionalmente “bastiones” de las obligaciones de medios), comienza a destacarse la existencia de obligaciones de resultado (47). “Fragmentarias” o “parcelarias”, si se quiere, pero obligaciones de resultado, al fin y al cabo.

¿Puede decirse seriamente que estamos ante obligaciones de medios? ¿Es concebible que para probar la responsabilidad en casos tales (sea que la pretensión se haya encarrilado bajo el marco de una acción social o una acción individual) el socio-actor se encuentre compelido a enfrentarse a la prueba de obligaciones de diligencia? Digámoslo sin ambages: contrario de cabo a rabo al test de razonabilidad más ele-

(47) Incluso el médico o el abogado tienen obligaciones de resultado, como por ejemplo (en lo que es común a ambas profesiones), guardar el secreto profesional. Por lo demás, el abogado debe presentar el recurso en término, apelar las resoluciones que sean adversas, asistir a las audiencias que se le fijen, presentar las pruebas que tenga en su poder, no dejar perimir la instancia. Son todas obligaciones de resultado en las cuales la falta de culpa no exime. Lo mismo acontece con el médico, que debe concurrir al quirófano el día y hora señalados para la operación, leer los análisis, radiografías o estudios, que pide al paciente, higienizarse antes de empezar la operación. Son las obligaciones de resultado “fragmentarias” o “parciales” que existen en toda obligación de medios, dentro de la convención global de la prestación convenida y asumida (cfr. LÓPEZ HERREIRA, Edgardo, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 542). En similar sentido, cfr. TRIGO REPRESAS, Félix, "Responsabilidad civil del abogado", Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 142 y 143. Una aclaración necesaria: el fraccionamiento descrito no recae sobre la estructura de la obligación en sí misma, sino sobre el plexo obligacional dimanante de la causa-fuente (v. gr., contrato) y que se compone de: a) obligaciones principales; b) obligaciones accesorias y c) deberes secundarios de conducta. Ello implica que sea incorrecto hablar en estos casos de “obligaciones de medios-objetivas” —como, sin embargo, se ha hecho (cfr. PREVOT, Juan M., "Obligaciones...", ob. cit., p. 855)— toda vez que, en rigor de verdad, la cohabitación entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado “fragmentarias” se produce dentro de la esfera del plexo obligacional nacido del contrato y no dentro de cada relación obligacional singularmente considerada.

mental sería preconizar una solución tal (48). *La observancia de deberes tales no está supeditada al alea que justifica la existencia misma de las obligaciones de medios y la incidencia mayúscula que en ellas tienen la diligencia y prudencia del deudor.* Obligaciones como la de llevar al día los libros sociales o convocar asambleas (49) son perfectamente escindibles del éxito de la empresa gestionada y de las utilidades que se obtengan, cuestiones ambas que, como es obvio, están enmarcadas en el *limbo del riesgo empresario* (con la incertidumbre en cuanto al resultado final que aquel supone) y donde —aquí sí— se justifica total y absolutamente la existencia de meras obligaciones de medios en cabeza de los administradores societarios.

Empero, ¿qué tiene ello que ver con el “rutinario” deber de efectuar las inscripciones registrales que correspondan, convocar reuniones asamblearias, labrar actas por cada reunión de directorio, confeccionar estados contables? Muy poco.

V. Compliance, responsabilidad social empresaria y códigos de buen gobierno corporativo

Otra cuestión que bosqueja nuevos horizontes en la responsabilidad de administradores societarios —y, reiteramos, englobamos, aquí no solo a quienes dirigen sociedades anónimas, SRL, SAS, sociedades colectivas, SGR, y etc., sino también a quienes administran SAPEM o Sociedades del Estado (dada la aplicación analógica que en estos casos se impone)— es todo lo atinente al movimiento de la responsabilidad social empresaria (RSE) y, asimismo, la proliferación de los llamados códigos de buen gobierno corporativo. Data ello, puede decirse, desde hace unas dé-

(48) En esta línea, en el Derecho Español, cfr. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "Los administradores en las sociedades de capital", Civitas, Madrid, 2005, p. 307.

(49) Pueden, así pues, en lo que atañe a directores de sociedades anónimas —y siempre dentro del marco de la LGS—, sindicarse como obligaciones de resultado: (i) La obligación de llevar al día los libros sociales; (ii) La obligación de convocar a la asamblea dentro de los cuatro meses del cierre de ejercicio para que se aprueben los estados contables (art. 234, LGS); (iii) La obligación de convocar a asamblea cuando se tenga que renovar las autoridades; (iv) La obligación de instar y efectuar en el RPC las inscripciones correspondientes (cfr. ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades...", ob. cit., t. IV, ps. 553 y 554).

cadasy lo hemos tratado en otro lugar (50), en cuanto a su decisivo impacto en lo que a responsabilidad de administradores concierne, a donde remitimos en honor a la brevedad.

El mundo de la RSE, o, como preferimos llamarla nosotros, de la “Responsabilidad de la Empresa en la Sociedad”, no se circunscribe a su participación o cooperación en aspectos estrictamente vinculados a la situación socioeconómica contextual (51). Muy por el contrario, en su ámbito se alcanzan también cuestiones de impacto ambiental, de transparencia de los negocios, calidad de los productos, condiciones laborales y relaciones con los trabajadores, ética empresarial, y observancia de los recaudos relativos a los derechos de los consumidores y usuarios (52).

Bien se ha remarcado el rol trascendente de la empresa —y, transitivamente, de la sociedad comercial que supone su molde jurídico— en el desarrollo global de la comunidad. Corresponde, así pues, considerar a la empresa como una *actividad del hombre de carácter interactivo, dirigida a facilitar a otros la disposición de ciertos bienes materiales, apropiables o no, que son necesarios para la manutención y el desarrollo de la persona humana* (53).

(50) Cfr. MORO, Emilio F., "Culpa en la administración de sociedades. La lealtad y diligencia del buen hombre de negocios", La Rocca, Buenos Aires, 2014, ps. 408/418.

(51) Como bien se ha dicho, no corresponde circunscribir la RSE al ámbito económico en que —por antonomasia— toca intervenir a las compañías y limitar la cuestión a un comportamiento ético en lo que hace al intercambio de bienes, ampliándose el arco de actuación a lo que implica, en general, un desarrollo sustentable, incluyendo en esa esfera, por caso, la preocupación por el medio ambiente (cfr. BELLO KNOLL, Susy, "Se puede aplicar capital social para Programas de Responsabilidad Social Empresaria [RSE]? ¿La RSE está dentro del objeto social?", XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Mac Tomas, La Plata, octubre 2008, p. 71).

(52) Cfr. RAGAZZI, Guillermo E., "Reflexiones en torno de la responsabilidad social empresaria", en Cuestiones actuales de derecho empresario, Errepar, Buenos Aires, 2005, p. 414.

(53) PALADINO, Marcelo - MILBERG, Amalia, "Conceptos y tendencias", en PALADINO, Marcelo (dir.), La responsabilidad de la empresa en la sociedad. Construyendo la sociedad desde la tarea directiva, Emecé, Buenos Aires, 2007, p. 25.

En esa inteligencia, no es ya posible concebir a la empresa como un “ente aislado que existe en el vacío” (54) pues, antes bien, se trata de un *sistema abierto* que interactúa constantemente con el contexto —recibiendo insumos (ingresos) y proveyendo productos o servicios (egresos)— como un *subsistema social* que funciona dentro de un sistema social más amplio (55).

Todo el movimiento del *corporate governance*, si bien de mayor desarrollo doctrinario hace unas décadas —y que por razones de espacio no podemos volver a tratar aquí—, participa de idéntico temperamento. Los *códigos de buen gobierno corporativo* indudablemente pueden emplazarse en un similar marco contextual con la RSE.

Se agrega a todo ello, más recientemente, lo atinente a los sistemas de cumplimiento (*compliance*) y su plasmación normativa concreta en nuestro sistema jurídico. Esta noción de *compliance* está usualmente asociada al ámbito penal (vinculada con los delitos cometidos por integrantes de una persona jurídica (v. gr., sus administradores y empleados), siendo que, justamente, la norma más significativa en la materia es la ley 27.401, que prevé un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (56) y que traslucen indudablemente un impacto hacia quienes conducen los destinos de la compañía de que se trate, ya que, estas obligaciones del *compliance*, trasuntan un deber operativo que va más allá de la mera observancia de normas por parte de la sociedad, todo lo cual reconduce la cuestión a terrenos vecinos con todo lo que implica la RSE (57) y los códigos de buen gobierno corporativo (dado el sesgo predominante, en todos los casos, de “autorregulación”).

No obstante, el *compliance* resulta un concepto más amplio. De conformidad con el art. 22, párr. 1°, de la ley 27.401, las personas jurídicas

(54) VÍTOLO, Daniel R., “Corporate governance’...”, ob. cit., p. 12.

(55) Ibidem.

(56) Cfr. SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, “Efectos del sistema de cumplimiento (Compliance), la responsabilidad social empresaria y el buen gobierno corporativo. Responsabilidad de los administradores”, LA LEY, 2022-A, 570.

(57) Cfr. SAUX, Edgardo I., “Nuevas perspectivas y campos de desarrollo de la empresa en el Derecho Civil”, LA LEY, 2002-B, 371.

pueden implementar “programas de integridad”, que consisten en un “conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley”. Estos programas no son estandarizados; deben adecuarse a cada persona jurídica en particular (art. 22, párr. 2°) (58).

Varios de los tópicos abordados por esta normativa —al integrar, por ejemplo, sanciones en el art. 313 del Cód. Penal a supuestos enlazados a actividades financieras ilícitas y en el mercado de valores (arts. 309/311, Cód. Penal), *insider trading* (art. 307, Cód. Penal) o corrupción en entidades bancarias (59) (art. 312, Cód. Penal)— desembocan (o pueden desembocar) en causales que, habiliten, a la postre, una acción de responsabilidad contra administradores societarios.

A título ejemplificativo, y en cuanto a la composición probable de un Programa de Integridad, el art. 23 de la ley 27.401 prevé, como alternativas propias (siendo algunas obligatorias y otras voluntarias), aspectos tales como elaborar un código de ética o de conducta (inc. a), fijación reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios (inc. b) o la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a administradores (inc. c).

Por último, y amén de que el tópico ameritaría un mayor desarrollo, puede señalarse que, en lo que hace a la responsabilidad de administradores societarios, su impacto discurre por los siguientes andariveles (60):

a) A salvo contadas excepciones, de momento no es obligatorio para los administradores implementar un *sistema de cumplimiento* en la persona jurídica (v. gr., contar con un Código de Conducta).

(58) Cfr. SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, “Efectos...”, ob. cit., p. 571.

(59) Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J., “Responsabilidad de la persona jurídica y compliance”, LA LEY, 2022-B, 215.

(60) Seguimos aquí, casi textualmente, a SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, “Efectos...”, ob. cit., p. 571, ss. y ccds.

b) Un factor habitualmente sindicado como crítico para el éxito del sistema de cumplimiento es su riguroso cumplimiento por parte de los estratos máximos de la organización, que, resultan ser, justamente, los administradores de la sociedad (en esa inteligencia, el art. 23, inc. II, de la ley 27.401 lo describe como "...el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia..."), amén de la eventualidad de designar la figura de un "oficial de cumplimiento" (*compliance officer*) a estos fines.

c) Los deberes de los administradores impuestos en normas son relativamente escasos y bastante genéricos en su formulación (v. gr., su deber de actuar con lealtad y diligencia); resultando, amén de su necesidad de ajuste a "los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza..." (61) que "...un sistema de cumplimiento con seguridad agregará obligaciones a ese catálogo; cuando menos, a las expresas (dado que algunas pueden estar implícitas en el deber general de actuación), surgiendo, en consecuencia, que el sistema de cumplimiento puede ser una fuente de obligaciones que, incumplidas, generen responsabilidad civil (...)" (62).

A su vez, también puede revestir incidencia lo antes desarrollado como eximente de responsabilidad civil (63).

VI. La irrupción de la "hipervulnerabilidad" en el derecho del consumidor (res. 139/2020, SCI) y su impacto en la administración societaria

Digámoslo, desde ya, y de manera provocadora, ¿merece exactamente un mismo tratamiento legal una persona que, bien que enancada en una relación de consumo, es, a la vez —por nombrar solo uno de los casos encuadrados en esta categoría— alguien con una discapacidad significativa o bien con una enfermedad grave y crónica? Para quienes militan en las vertientes de lo que hemos llamado en alguna ocasión la "omnipotencia de la libertad" (64) cual si esta fue-

ra —siempre— "quién tiene la última palabra" y *nada trascendente existiera fuera del hombre que permitiera trazar límites tanto en lo extrapatrimonial como en lo patrimonial* (65), probable-

lo cual no es —ciertamente— la concepción que predomina en los países desarrollados del mundo (lo que se encarga de subrayar Martorell reiteradamente en este capítulo, comparando con los EE.UU.), de la misma forma que en ciertos temas actuales y candentes de carácter extrapatrimonial también se postula semejante 'omnipotencia' de la libertad individual, cuando la 'Omnipotencia' —pareciera (y la tragedia a la que hoy estamos asistiendo por la pandemia del COVID-19 así lo demuestra)— está en otro lado..." (MORO, Emilio F., "Comentario al libro 'Sociedades anónimas, SAU y SAS' [de Ernesto Martorell], JA, 2020-III-965). Resuena aquí lo dicho por un genio del pensamiento universal como Dostoievski en su obra cumbre ("Los Hermanos Karamazov"): "Si Dios no existe, todo está permitido. Y si todo está permitido la vida es imposible". Demás está decir que lo aquí manifestado lo es con total, pleno e irrestricto respeto a las creencias que, cada uno, dentro de su libre albedrío —en algo tan profundo, por supuesto—, pueda tener.

(65) Por ejemplo, en el que es un muy ilustrativo y paradigmático ejemplo de esta forma de pensar (que además, casualmente, alude a los "vulnerables" en su título), si se quiere leer un artículo que refleja un desconocimiento supino y monumental de la Fe Cristiana —a pesar de lo cual se tiene el descaro y la temeridad, igualmente, de invocar sus textos sagrados—, de la Doctrina Social de la Iglesia, de lo enseñado por tantas mentes brillantes y figuras extraordinarias del pensamiento Cristiano a lo largo de más de dos mil años como San Agustín, Tomás Moro, Ignacio de Loyola, Erasmo de Rotterdam, Blas Pascal, C. S. Lewis, Chesterton, Juan XXIII y Pablo VI (entre tantos otros), y donde, trascartón de agraviar (con un odio indisoluble) a Su Santidad el Papa Francisco —de una manera, que, claro está, dada la completa absurdidad y ridiculez de los "argumentos" allí vertidos, sólo puede generar risa y lástima (y, por tanto, no merece respuesta)—, puede leerse, BENEGRAS LYNCH, Adolfo (h.), "Ir a la miseria en nombre de los más vulnerables", La Nación, fasc. del 27/10/2020, p. 11. Para otro ejemplo, igual de lamentable que el precedente, y que también —aunque desde un sector ideológico diametralmente opuesto al anterior— revela un desconocimiento impactante de la Fe Cristiana, pero donde, a su vez, con descaro y desvergüenza enormes para verter (a pesar de aquella ignorancia) opiniones sobre textos sagrados y sobre el Santo Padre Francisco, y se plasman afirmaciones con total desparpajo y falta de respeto, puede leerse —claro está, si se quiere perder el tiempo—, PEKER, Luciana, "El efecto Francisco", Página 12, fasc. del 04 de abril de 2015. Para otro artículo, más reciente, en el mismo sendero penoso y preocupante de los otros dos, cfr. VOLOSIN, Natalia, "El egoísmo de Francisco", Infobae, fasc. del 8 de enero de 2022. Nos parece importante destacar esto, aun cuando estamos plenamente conscientes del disfavor que nos generará

(61) YACOBUCCI, Guillermo J., "Responsabilidad...", ob. cit., p. 218.

(62) SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, "Efectos...", ob. cit., p. 572.

(63) Ibidem.

(64) Criticábamos a principios del año 2020: "...una concepción de la libertad individual que —trasladada al ámbito empresarial— se juzga omnímoda y sin que deba tener límites (cual si se tratara de un derecho absoluto),

mente ninguna exigencia legal adicional debería recaer sobre las sociedades comerciales —y, más genéricamente, sobre quienes hacen las veces de “proveedores”— en una relación de consumo. Incluimos aquí, también, a quienes administran sociedades del Estado (v. gr., Canal 7, la lotería nacional, etc.), dado su carácter y por supuesto otros entes societarios donde quienes la conducen (como las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria).

Empero, afortunadamente, no ha sido esa la línea seguida en el derecho comparado, en la doctrina y jurisprudencia, a lo largo de las últimas décadas. La tutela especial, diferenciada e intensificada de quienes —con toda justicia— merecen ser cobijados con mayor vigor [los llamados “consumidores hipervulnerables” (66)], aparece, entonces, como una verdadera “exigencia axiológica” (67) que el legislador, a riesgo de caer, caso contrario, en injusticias flagrantes, no puede soslayar.

El eje central discurre por poner de manifiesto la existencia de una persona que exhibe —por distintos motivos— *grados de vulnerabilidad mayores* que los propios de la categoría *standard* o abstracta de consumidor (68).

Es que, como bien lo ha subrayado Sahián —en un notable y brillante opúsculo— los consumidores hipervulnerables “son aquellos a los que la presunción *iuris et de iure* de vulnerabilidad estructural de ser consumidores, esto es, la debilidad en la que se encuentra el consumidor frente al proveedor, debido a la posición de cada uno de estos actores en el mercado de consumo vincu-

—automáticamente— la inserción de estos párrafos en algunos sectores de nuestra doctrina.

(66) Para el tema, en general, sin dudas la obra más enjundiosa sobre la temática, puede verse en BAROCELLI, Sebastián (dir.), “Consumidores hiper-vulnerables”, ED, Buenos Aires, 2018.

(67) FRUSTAGLI, Sandra, “La Tutela del consumidor hiper-vulnerable en el Derecho Argentino”, Revista Argentina de Derecho del Consumidor, Anuario, IJ-Editores, Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 47.

(68) Cfr. BAROCELLI, Sebastián, “Consumidores hipervulnerables - hacia una acentuación del principio protectorio”, LA LEY, 2018-B, 783; FRUSTAGLI, Sandra, “La Tutela...”, ob. cit., p. 36.

lada a las fallas e imperfecciones propias de este último, se suma otra fragilidad concreta” (69).

El lazo protector de la normativa consumeril se extiende, así entonces, hacia escenarios de la realidad social donde *la connatural situación de vulnerabilidad del consumidor se profundiza*, por sus particulares características propias, haciendo ingresar allí —entre otros— a ancianos, enfermos, inmigrantes, personas con discapacidades, etc. (70). Según cada caso concreto, esta “causa de debilidad potenciada” en el *consumidor hipervulnerable*, podrá ser permanente (v. gr., una enfermedad crónica) o transitoria (v. gr., situación de extrema pobreza) (71).

Frente a ello, agudamente, se ha subrayado que, entonces, “cuando se constatan circunstancias fácticas que concurren a agudizar la vulnerabilidad del consumidor, la aplicación de los institutos tuitivos generales de manera indiferenciada puede conducir a una *infraprotección*” (72). Y como este es un desenlace que —en aras de la justicia— no es posible admitir, aparece “la idea de una ‘sobreprotección’ a los consumidores hipervulnerables que proviene del derecho fundamental al trato digno y equitativo de los consumidores (art. 42, CN, *in fine*)” (73).

La reacción normativa frente a esta realidad —y enlazada, también, al inocultable deslizamiento en la *dimensión axiológica* del derecho orientado hacia la justicia, la solidaridad y el *favor debilis* como principio rector— no tardó en llegar. Así, a nivel de derecho comparado, entre otros muchos casos, pueden citarse al art. 39 del Código de

(69) SAHIAN, José H., “Tutela efectiva de los consumidores hipervulnerables”, SJA, 06/10/2021, 132, cita online: AR/DOC/2562/2021.

(70) La nómina irá delineándose con el tiempo por la doctrina y jurisprudencia. Respecto de la enumeración de la Res. 139/20, con algunas situaciones allí incluidas bajo la categoría de “consumidor hipervulnerable”, no coincidimos que corresponda dicha categorización, excediendo el ámbito de estas líneas explayarnos en detalle al respecto.

(71) Cfr. BAROCELLI, Sebastián, “Consumidores hiper-vulnerables...”, ob. cit., p. 785.

(72) FRUSTAGLI, Sandra, “La Tutela...”, ob. cit., p. 38.

(73) SAHIAN, José, “Tutela efectiva...”, ob. cit., p. 132. Agrega aquí el autor, con indudable acierto, a su vez, la incidencia del principio antidiscriminatorio como razón de ser de esta novedosa figura.

Defensa del Consumidor de Brasil (que alude a la “edad”, “salud” o “condición social” del consumidor); al art. 5º, apart. 3º, de la Directiva 2005/29/CE o la ley 11/1998 de protección de los consumidores de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 4º); la Resolución del Parlamento Europeo del 22/05/2012 sobre refuerzo a la tutela de “consumidores especialmente vulnerables”; o la legislación del Perú, que, en su Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. IV, inc. 4º) alude explícitamente a esta situación.

Y llegamos a nuestro ordenamiento, donde, si bien en los albores de la normativa consumeril existían algunos esbozos que ya dejaban entrever a esta figura, los dos verdaderos hitos —a nuestro modo de ver— en esta evolución son de fecha relativamente reciente: La res. 139/2020 SCI (74) y el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor.

Comencemos, entonces, con lo primero. Fue la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, a través de la res. 139/2020 quien incorpora por primera vez y de forma expresa el llamado “consumidor hipervulnerable” al derecho positivo argentino.

En segundo lugar, y aunque todavía no invista fuerza de ley, el monumental y extraordinario trabajo colectivo de una comisión de juristas notables que se ha traducido en el actualmente intitulado “Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, reconoce, como una de sus novedades y vectores basilares, justamente, la protección de los consumidores hipervulnerables.

Así, en el art. 3º de este Proyecto se lee: “*Consumidores hipervulnerables*. El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”.

(74) Los consumidores hiper-vulnerables están protegidos a través de la mencionada Resolución, la cual, en su art. 1º, dispone: “Establécese que a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 24.240 se consideran consumidores hiper-vulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

A su vez, y como no es de extrañar, en este contexto, comienzan, si se quiere, tenuemente, a vislumbrarse en la jurisprudencia precedentes que comienzan a reconocer esta calidad de “consumidor-hipervulnerable”. Ello así, en un proceso judicial que tenía como base una relación de consumo con una entidad financiera se ha dicho, recientemente, que “[l]a vulnerabilidad estándar del consumidor y las condiciones o situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables en relación a la condición de 'adulto mayor' de la actora, permite identificar en el derecho del consumidor una categoría que requiere especial protección vinculada de manera directa con la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo (...)” (75).

Es más: tanto ha penetrado en la jurisprudencia esta construcción, que la propia CNCom (76), recientemente, ha echado mano a esta innovadora figura de los consumidores hipervulnerables para decretar favorablemente la concesión de medidas cautelares.

Aparece, así las cosas, si se quiere, como un “equivalente” —en cuanto a la ampliación de los deberes a cargo de quien haga las veces de proveedor (sea una empresa o el Estado)—, a lo que, desde hace décadas, suponían los cuidados del medio ambiente, la tutela —hoy en día— de los consumidores hipervulnerables. Y, si ello es así, no otra conclusión asoma en el horizonte cual la que, de alguna manera hemos bosquejado al inicio de este trabajo: *la irrupción de la*

(75) CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala III, “M., A. M. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 23/03/2021, cita online: TR LA LEY AR/JUR/6036/2021. Aún con mayor énfasis: “A los grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad, se les debe reforzar la protección de sus derechos, por ello, de nada sirve que se reconozcan derechos si se impide acceder a vías rápidas para su protección y realización (...). Es decir, las normas procesales deben interpretarse a favor de las personas hiper-vulnerables” (C2a.Civ. y Com., Mendoza, “D., M. A. c. Obra Social de Empleados Públicos s/ amparo”, 07/10/2020, cita online: TR LA LEY AR/JUR/53208/2020).

(76) CNCom., Sala B, “Iriarte, Rodolfo c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo”, 01/02/2022. Cita online: AR/JUR/604/2022. “La condición de consumidor hiper-vulnerable que ostentaría peticionario, configura el peligro en la demora, pues podría colocarlo en una situación de sobreendeudamiento de por sí gravosa, máxime si la misma es utilizada para percepción de haberes jubilatorios”.

hipervulnerabilidad en el derecho del consumidor eleva la intensidad del deber de diligencia en lo que a administradores societarios concierne, y, parejamente, la eventualidad, en su caso, de una acción resarcitoria (individual) por mal desempeño del cargo (art. 160, Cód. Civ. y Com. y arts. 59, 274 y 279, LGS) ante su inobservancia.

VII. Brevísimas referencias a la admisión de la viabilidad de reparación —en ciertos casos— de daños indirectos en el Cód. Civ. y Com. (art. 1739) y su incidencia sobre la articulación de acciones individuales de responsabilidad (art. 279, LGS)

Una última demostración de estos *nuevos horizontes* que se bosquejan en lo que a responsabilidad de administradores societarios concierne, discurre por otro de los cambios introducidos por el Cód. Civ. y Com. en la materia, y que pasa por la mayor elasticidad en cuanto al llamado requerimiento de la “personalidad” como “requisito intrínseco” del daño resarcible, abriendo la puerta, a la posibilidad, en ciertos casos, de reparar el “daño indirecto” (conf. art. 1739, Cód. Civ. y Com.).

A la luz de ello, sin perjuicio que —por razones de límites de espacio— no podemos adentrarnos en el detalle que exigiría este tema, sí podemos señalar que *la construcción jurisprudencial que veda de manera dogmática —y a nuestro juicio equivocada—, la procedencia de la acción individual de responsabilidad (art. 279, LGS) en caso de daños indirectos, no puede soslayar el influjo y el impacto que, en este tema, ha vertido (como en otras) el Cód. Civ. y Com.*

La creación de un centro de imputación diferenciado (la sociedad comercial) a que da lugar (a salvo los casos de las SASU o SAU) el contrato plurilateral de organización que anida en su génesis proyecta un doble arco de relaciones jurídicas (77):

a) Relaciones intrasubjetivas o internas: son las que se traban dentro (“puertas adentro”) de la persona jurídica societaria (v. gr., actos cele-

brados por la sociedad con sus socios, administradores o síndicos).

b) Relaciones intersubjetivas o externas: son las que se perfeccionan fuera (“puertas afuera”) de la persona jurídica societaria (v. gr., vinculaciones del ente societario con terceros que tienen como precedente una decisión interna de su órgano de gobierno o administración).

Bajo esta égida, la obligación de conducirse con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios del art. 59 de la LGS que rige para los administradores societarios tiene virtualidad —no solo en el seno de las *relaciones intrasubjetivas*— sino también en derredor a las *relaciones intersubjetivas* de la sociedad (78). Corolario de este *doble arco de relaciones jurídicas* es la existencia de un *doble ámbito de responsabilidad* para los administradores societarios: estos responden no solo por los daños causados al patrimonio de la sociedad por sus actos de gestión y representación negligentes (“círculo de responsabilidad intrasocietario”) sino también por los daños que puedan causar a terceros por estos mismos actos de gestión (“círculo de responsabilidad extrasocietario”) (79).

Lo antedicho explica que la invocación de una actuación reñida con el cartabón del art. 59 LGS puede ser realizada tanto por la sociedad (vía la acción social *uti universae* o *uti singuli*) como por los socios y terceros (por vía de la acción individual del art. 279 LGS) que tengan interés legítimo en su pretensión de ver reparado algún daño que se les haya causado (v. gr., consumidores, acreedores, trabajadores, el Estado, etc.). Recuérdese que los administradores, a diferencia de los socios, se posicionan en las relaciones externas del ente societario *sobre* la línea de la personalidad jurídica diferenciada y no *detrás* de ella (caso contrario, no tendría explicación la existencia misma de la acción individual de responsabilidad ejercida por terceros). A esta razón “de base” —no siempre advertida— se debe, por ejemplo, que los cambios en el directorio tengan que ser inscriptos en el RPC para su posterior publicación edictal (art. 60, LGS)

(78) Cfr. MORO, Emilio F., "Culpa...", ob. cit., p. 371.

(79) Cfr. VAN THIENEN, Pablo - DI CHIAZZA, Iván G., "Pactos de indemnidad de administradores de sociedades mercantiles", DCCyE, año I, nro. 1, septiembre 2010, p. 163.

(77) Cfr. GAGLIARDO, Mariano, "Administración y representación de sociedades comerciales", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 5.

mientras que las modificaciones en el elenco de accionistas de SA puedan permanecer ocultas para el público en general.

Gráfico 3



No es (ni podría ser un buen hombre de negocios) un administrador cuya exitosa gestión mercantil “puertas adentro” (v. gr., logrando importantes utilidades al cierre de cada ejercicio que luego se distribuyen como dividendos a los socios) provenga de evasiones impositivas, catástrofes ambientales, incumplimientos laborales y/o cualquier otra irregularidad o transgresión a la ley (80), como la que, actualmente, bien podría vislumbrarse respecto de consumidores hipervulnerables.

Por otra parte, ya sea en el seno de relaciones internas o externas, *existen ciertas acciones donde la culpa en la actuación de los administradores es casi el único extremo a acreditar*; por ejemplo, en la acción de remoción [con causa (81)], donde a la acreditación de una actuación negligente (reñida con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios) solo se agrega la demostración del incumplimiento de obligaciones legales o estatutarias (antijuridicidad).

La *acción individual del tercero* es aquella que procura la reparación de los daños padecidos por un tercero por un hecho ajeno al contrato de sociedad o de naturaleza extrasocietaria. Para su progreso deben verificarse todos los presupuestos de la responsabilidad civil (autoría, antijuridicidad, factor de imputación, daño resarcible y nexo de causalidad) siendo de destacar que la ponderación de la culpa (art. 1721, Cód. Civ. y Com.) se realiza a la luz de *módulo o patrón abstracto de apreciación*: “la leal-

(80) Cfr. FERRER, Germán, "Responsabilidad de los administradores societarios", La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 99. "No es el 'mejor hombre de negocios' aquel que produce la mayor utilidad para la sociedad. Desde luego que la obtención de utilidades es un parámetro para tener en cuenta para evaluar la conducta del administrador, pero eso deberá ser coordinado con los medios que utilicen a tal fin. Si la sociedad obtiene grandes utilidades en base a la violación de la ley, a la evasión de impuestos, al incumplimiento de obligaciones laborales, el engaño a los consumidores, etc., evidentemente éste no será un 'buen hombre de negocios'. El concepto involucra no sólo el resultado económico de la sociedad, sino también incluye la satisfacción de la totalidad de los intereses que se encuentran en juego en la dinámica societaria".

(81) Está acción, aunque no está regulada expresamente (como sí sucede con la remoción "sin causa" del art. 265 LGS), sin dudas que se extrae de una interpretación armónica de la normativa societaria. "Como surge del art. 257 de la ley 19.550, el legislador ha permitido la posibilidad de remover a los directores de la sociedad anónima sin necesidad de invocación de causa (remoción ad nutum), para dejar las manos libres a la asamblea de accionistas a los fines de modificar la composición del directorio cuantas veces lo crea necesario. Por ese fundamento la remoción sin causa, o revocación, como lo llama el art. 256 de la ley 19.550 es mecanismo expresamente autorizado para la asamblea de accionistas como facultad exclusiva del órgano de gobierno de la sociedad (art. 234, ley 19.550), y no es otorgado a los accionistas a título particular" (NISSEN, Ricardo A., "Panorama actual del derecho societario", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 324).

tad y diligencia de un buen hombre de negocios” (art. 59, LSC). A no dudarlo, en la interpretación de este cartabón anidan las dificultades más significativas al momento de endilgar o no responsabilidad a los administradores societarios.

Como lo decíamos al comienzo, si es llamativa la escasa preocupación que la acción individual de responsabilidad ha suscitado en nuestra doctrina y jurisprudencia aún lo es en mayor grado la escasa utilización práctica de esta herramienta. Demostración acabada de ello es el uso indiscriminado del corrimiento del velo societario del art. 54.3 de la LSC que se observa, a veces, en el fuero laboral en desmedro de un vehículo que, como la *acción individual*, luce más atinado ante lo que suelen ser fallas típicas de la gestión empresarial ajenas a la incumbencia de los socios.

En otras latitudes la cuestión es diversa. En España, por caso, se registran importantes precedentes jurisprudenciales donde se ha echado mano a esta herramienta (82) y se observa, asimismo, una producción doctrinaria de mayor entidad cuantitativa y cualitativa.

Este criterio restrictivo de vedar, de modo axiomático y dogmático, recurriendo al subterfugio —carente de recepción en la LGS— de que la acción individual no procede en casos de daños indirectos, culmina en esterilizar casi por completo la posibilidad de que terceros puedan accionar contra los directores en caso de mal desempeño del cargo, lo cual, ahora, se da de bruces —además de los argumentos que tradicionalmente se han esgrimido contra esta forma de pensar (a los que adherimos)— con la norma rectora del art. 1739 del Cód. Civ. y Com., que establece que “[p]ara la procedencia de la indemnización debe

existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente” y por la cual “se consagra la legitimación activa tanto del damnificado directo como del indirecto para reclamar el perjuicio que les fue ocasionado (...), el art. 1739, al establecer que para que proceda la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, consagra la legitimación tanto del damnificado directo como del indirecto para reclamar el perjuicio sufrido a título personal” (83).

A diferencia de las acciones sociales de responsabilidad que prevé nuestra LSC, en la acción individual *no es necesario (ya sea el actor un tercero o un socio a título particular) recorrer ninguna instancia previa intrasocietaria* (84).

Ello así, “la acción individual de responsabilidad (art. 279, LGS) está a disposición de *cualquier tercero* que haya sido perjudicado por los administradores de la misma (...). Consecuentemente, y como la responsabilidad de los administradores y demás se mide, con relación a los 'terceros', en función de las normas del derecho común, acreditada la comisión por parte de aquellos de las conductas reprochables (en la especie, y, entre otras, la enajenación general del patrimonio social), la antijuridicidad de sus actos, el daño causado, la existencia de un factor de atribución y la relación de causalidad, corresponderá condenarlos a soportar solidaria e ilimitadamente el costo de la condena laboral insatisfecha, puesto que la falta de percepción de tales acreencias ha sido el 'vaciamiento' patrimonial concretado” (85).

Se trata de otro cambio, así pues, que, enanado en las *modernas tendencias en materia de responsabilidad civil* recogidas en el Cód. Civ. y Com., se trasladan al ámbito del derecho societario.

(82) Cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, “Prólogo”, en MARÍN de la BARCENA, Fernando, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 19. “En la práctica, esa acción individual había sido utilizada por los acreedores de sociedades en situación de crisis empresarial o de insolvencia para tratar de obtener, en su propio y exclusivo beneficio, una indemnización directa de los daños que habían sufrido a consecuencia de haber devenido la sociedad insolvente y de no haber podido cobrar sus créditos con cargo al patrimonio social menoscabado por un comportamiento antijurídico del administrador. Los tribunales españoles fueron admitiendo cada vez más este tipo de pretensiones, lo que confirió a la acción individual de responsabilidad una importancia práctica trascendental”.

(83) CALVO COSTA, Carlos, “Incidencias...”, ob. cit., p. 136.

(84) Cfr. VÍTOLO, Daniel R., “Responsabilidad...”, ob. cit., p. 34; RICHARD, Efraín H., “Daños causados por la insolvencia: acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades”, en II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, La Cumbre, octubre de 2000, t. II, p. 562.

(85) MARTORELL, Ernesto E., “El trabajador con crédito insatisfecho puede demandar en la justicia comercial a directivos de la sociedad que lo empleara para obtener el cobro de la condena”, ED, 2016-269.

VIII. Trascendencia para la actividad empresarial

La incidencia de que la actuación de los administradores societarios sea acorde al tipo ideal de un “buen hombre de negocios”, contrariamente a lo que muchos suelen pensar, coadyuva a la optimización y más eficiente asignación de recursos en el mercado. De allí pues que no pueda sorprender que, al menos en el orbe occidental, se prevean dispositivos de diferente talante en cuanto al tipo de conducta receptada como mal desempeño del cargo.

Por caso, el art. 225-251 del Código de Comercio de Francia —y la jurisprudencia dictada al calor de este texto legal— prevé que la responsabilidad de los administradores está comprometida en caso de infracción a disposiciones legales o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, así como por violación al estatuto o faltas cometidas durante la gestión, siendo que muchos supuestos de hecho, dentro de ese marco, está representados por *omisiones* culpables de los directores (86). En la misma dirección general se orienta la normativa concursal gala (87), en contextos, claro está, de cesación de pagos.

En los EE. UU., la eximición de responsabilidad que supone la conocida regla de la *business judgement rule* —receptada en algunas legislaciones estaduales de manera expresa y en otras no, pero, en cualquier caso, aplicable (en mayor o menor medida) a todo el derecho societario estadounidense, con la finalidad de permitir la

(86) Cfr. COZIAN, Maurice - VIANDIER, Alan - DE-BOISSY, Florence, "Droit des sociétés", Litec, Paris, 2007, p. 280. "L'article L. 225-251 du Code de Commerce prévoit que la responsabilité des dirigeants (administrateurs, directeur général et directeurs généraux délégués) est engagée en cas d'infractiom aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA, de violation des status ou de fautes commises dans leur gestion. Aux administrateurs on reproche le plus souvent leur absentéisme et leur indifférence à la marche des affaires; une de leurs missions consiste, en effet, à surveiller l'action du directeur général; s'ils ne tirent pas à la sonnette d'alarme, ils peuvent être rendus responsables des suites dérallement. Les administrateurs pèchent plutôt par abstention".

(87) Para el tema, en general, cfr. LE CORRE, Pierre-Michel - LE GALL, Jean-Pierre, "Droit des entreprises en difficulté", Dalloz, París, 2003, p. 78 y ss.

asunción de riesgos en las compañías (88)— *cede ante situaciones de mala fe, irracionalidad en la adopción de decisiones en el directorio o conflictos de intereses* (89).

Estas últimas hipótesis, justamente, bien que se mire, reflejan que, aún al amparo de la *business judgment rule* —y del lógico incentivo que esta inveterada regla de derecho anglosajón trasunta para la adopción de decisiones empresariales— *existe un umbral que no es posible traspasar* y respecto al cual la jurisprudencia pone el acento en la trascendencia ética de la actividad empresarial para la vida en comunidad y que, como tal, no es posible perforar (90).

Por ello, justamente, y amén de que —por supuesto— la *business judgment rule* otorga una importante protección a los directores y de alguna forma los “inmuniza” contra posibles reclamos resarcitorios, todo ello es así en tanto las decisiones de los administradores hayan sido adoptadas siguiendo ciertos procedimien-

(88) Cfr. PALMITER, Alan R., "Corporations", Aspen Publishers, New York, 2006, p. 205. "The business judgment rule presumption has been justified on different grounds: a) Encourages risk-taking: Shareholders expect the board to take business risks—the adage 'nothing ventured, nothing gained' is at the core of why sharholders invest. Without the business judgment rule, directors might exercise moribund caution. b) Avoids judicial meddling: Judges are not business experts. Further, derivative suit plaintiffs (and their lawyers) have incentives that may be at odds with the interests of the corporation and the body of shareholders. c) Encourages directors to serve: Business persons detest liability exposure. The business judgment rule encourages qualified persons to become directors and take business risks without fear of being judged in hindsight".

(89) Cfr. BALOUZIEH, John M., "Las sociedades mercantiles estadounidenses", Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 91. "El incumplimiento del deber de diligencia de un administrador o directivo constituye un acto de negligencia que conlleva la responsabilidad personal y la inaplicación de la business judgment rule. Tal incumplimiento puede ser debido a: (i) falta de buena fe o investigación razonable; (ii) actos ilícitos que carecen de diligencia; (iii) incumplimiento de la obligación de establecer una supervisión; o (iv) actos que implican un conflicto de interés". En el mismo sentido, cfr. EMANUEL, Steven L., "Corporations", Aspen Publishers, New York, 2005, p. 175.

(90) Cfr. EISENBERG, Melvin A., "High Court Case Summaries". Corporations, Thomson-West, Nueva York, 2006, p. 135. "The business judgement rule prevents judicial intervention in corporate affairs absent self-interest or bad faith".

tos legales, de buena fe y apegados al “deber de cuidado” —*duty of care* (suerte de equivalente a nuestro “deber de diligencia” del art. 59 LGS) **(91)**—, parámetro de indudable talante ético que —como limitativo de la incidencia protectoria de la *business judgment rule*— ha sido hasta incluso puesto de relieve por la Corte Suprema de Delaware **(92)**, jurisdicción donde, como es sabido, prima el criterio más flexible en esta temática (y cuyo seguimiento representaría, para algunos, una suerte de “solución mágica” para los endémicos y recurrentes obstáculos a la actividad privada en nuestro país).

En el derecho italiano, a su turno, se ha puesto el acento en la posibilidad incluso de que los acreedores sociales, en aras de una profundización del principio de reparación integral de daños, a través de una acción que —amén lo sostenido por alguna doctrina— no cabe calificar como subrogatoria, ante la insuficiencia del patrimonio societario y el mal desempeño del cargo de los administradores, puedan lograr, igualmente, la satisfacción de su interés y prosperar en dicha acción **(93)** (lo que, de suyo, bien puede verse

(91) Cfr. KLEIN, William A - COFFEE, John C., "Business Organization and Finance". Legal and Economic Principles, Foundation Press, New York, 2007, p. 157. "In the majority of jurisdictions, however, the relationship between the duty of care and the care and the business judgment rule is requires a further inquiry and thus becomes more complex. Under the majority formulation, any business judgment rule is immune from judicial review only if the directors first followed adequate procedures in reaching it. In effect, there is a procedural precondition to the rule's application, which immunizes only those decisiones with respect to which the directors first exercised due care and adequately informed themselves under the circumstances".

(92) Supreme Court, Delaware (Del. Supr. 2000), 2000, "Brehm v. Eisner", 746 A.2d 244, 264; cit. en. O'KELLY, Charles - THOMPSON, Robert B., Corporations and other business associations, Aspen Publishers, New York, 2008, p. 287. "Courts do not measure, weigh or quantify directors' judgments. We do not even decide if they are reasonable in this context. Due care in the decisionmaking context is process due care only. Irrationality is the outer limit of the business judgment rule. Irrationality may be the functional equivalent of the waste test or it may tend to show that the decision is not made in good faith, which is a key ingredient of the business judgment rule".

(93) Cfr. CAMPOBASSO, Gian Franco, "Manuale di Diritto Commerciale", UTET Giuridica, Milano, 2017, p. 255. "Oltre que nei confronti della società, gli amministratori sono responsabili anche verso i creditori social (art. 2394). Diversi sono, però i presupposti di questa

como una atenuación de la impermeabilidad patrimonial propia de toda sociedad de capital).

Ni más ni menos que el Máximo Tribunal de España ha tenido oportunidad de señalar, en derredor al art. 127.1 de la LSA y la referencia allí contenida a que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”, que “aun cuando es cierto que los Tribunales han de proceder con moderación y cautela procurando no invadir la esfera de acción reservada por la Ley o los Estatutos a los administradores de la Sociedad, ello se entiende sin perjuicio de que con plena libertad de actuación, siempre ajustada a derecho, el juzgador pueda y deba revisar los acuerdos del órgano de administración, y determinar las responsabilidades derivadas, si el proceso ofrece demostración suficiente de haberse causado lesión a la sociedad en beneficio de algún socio” **(94)**.

Emplazándonos más cerca en la geografía, en Brasil, todo director que haya obrado con dolo o culpa viole la ley o el estatuto (art. 159, ley 6404/1976), causando daños a terceros, la sociedad o sus socios, podrá ser responsabilizado por mal desempeño del cargo, *hasta incluso con inversión —en muchos casos— de la carga de la prueba de la culpa* **(95)** (con lo que eso significa, obviamente, en términos de viabilidad de cualquier acción resarcitoria).

Para quienes pretenden entre nosotros, así entonces, generar una suerte de “ecosistema

azione, rimasta immutata con la riforma del 2003. Infatti: a) gli amministratori sono responsabili verso i creditori sociali solo 'per l'inosservanza degli obblighi inerenti allá conservazione dell'integritá del patrimonio sociale'; b) l'azione può essere proposta dai creditori solo quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. Un danno per i creditori infatti non sussiste finquando il patrimonio sociale é capiente".

(94) Tribunal Supremo, España, STS 4 de marzo 2002, rec. 2825/1996; cit. en MARÍN CASTÁN, Francisco, "Sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada", LA LEY (Wolters Kluwer), Madrid, 2007, p. 574.

(95) Cfr. TOMAZZETTE, Marlon, "Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário", vol. 1, Atlas, San Pablo, 2013. "Quando o administrador extrapola seus poderes, violando a lei ou o estatuto, presume-se juris tantum a existencia de culpa. A responsabilidade nesses casos é sempre subjetiva, todavia, com a inversão do ônus da prova, isto é, admite-se que o administrador comprove que não agiu com dolo o culpa".

jurídico-cultural” donde la actividad directo-rial-societaria debiera gozar de una suerte de “*bill* de indemnidad” y deba permanecer, por ejemplo, ajena a mecanismos de *prevención de daños* afincados en el art. 1710, ss. y concs., del Cód. Civ. y Com. o de sanción de eventos lesivos a través de la responsabilidad civil —como si esta fuera la única manera de estimular el tan necesario e indispensable desarrollo de la actividad privada en nuestro país (96)—, sería bueno, al menos, y sin perjuicio de que el examen de derecho comparado que acabamos de realizar es meramente ejemplificativo (97) —y un mayor despliegue excede los límites de este trabajo (98)— que *no es ese el temperamento predominante en muchos países importantes de Occidente* (de cuyo estímulo a la iniciativa privada no puede dudarse), ni tampoco el que se compadece con valores que —como comunidad— es necesario estimular y fortalecer (99).

(96) Seguimos en esta opinión a Martorell, quien, a su vez, siguiendo a Mosset Iturraspe, señala que “...frente a las posturas economicistas que pretenden neutralizar encubiertamente los abusos corporativos so capa de que ello retraería la inversión por afectar la economía, coincido con Mosset Iturraspe en que ‘El análisis económico’ debe someterse por el jurista a la crítica axiológica”, y en que “...los criterios de eficiencia y maximización de la riqueza son insuficientes” (MARTORELL, Ernesto E., “Fraudes públicos y privados: defensas comunitarias, corporativas y del socio”, LA LEY, 2020-435).

(97) Es verdaderamente penoso el espectáculo que —de la misma manera que con algunos economistas “mediáticos” y periodistas de muy dudosa valía intelectual— se observa también en ciertos juristas, que, para dar mayor sustento a sus propias posturas, lisa y llanamente “inventan” que las leyes de tal o cual país del Extranjero —cuyo desarrollo sea indiscutible— siguen tal o cual criterio, y cuando, luego, se va a cotejar si ello es verdaderamente así, resulta que no lo es... Empero, lo dicho, dicho está, y quien, “en la platea” de turno, hubiera escuchado tales comentarios, los termina dando por ciertos... Para un lastimoso ejemplo de lo antedicho, cfr. VAN THIENEN, Pablo, “¿Anomalías societarias?”, LA LEY, 2021-F, 900.

(98) Pero que sí hemos realizado en otra ocasión sobre la jurisprudencia norteamericana en la materia, en MORO, Emilio F., “Culpa...”, ob. cit., ps. 430/448.

(99) Cfr. MARTORELL, Ernesto E., “Tratado de las Sociedades Comerciales y de los Grupos Económicos”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 14. “Si pretendemos superar el estado de inmoralidad y crisis colectiva que afecta hoy a la República Argentina, debemos abandonar las abstracciones —tan apreciadas por los que violan la ley— y hacer hincapié en aquello de que las sociedades no son más que un ‘mero recurso técnico’, que crea ‘una especie de privilegio derogatorio del régimen de derecho co-

IX. Conclusión

Entre tantas otras contribuciones que la Orden de los “Pobres Caballeros de Cristo del Templo del Rey Salomón” —más conocidos como los *Templarios*— hicieron a la humanidad, a lo largo de sus casi dos siglos de existencia (1117-1312), además de haber servido de antecedente y base para San Ignacio de Loyola en la organización interna de otra Orden Cristiana de extraordinario desarrollo y aportes a la humanidad —como lo fueron, y son, los Jesuitas (100)— y de tantas otras, una, sin dudas, fundamental, y que tiene que ver con el derecho comercial, fue la invención de la *letra de cambio* (101) (102).

mún’. Pero ‘ultrapasadas las condiciones de uso’, se debe tener por diluida toda posible visión ‘transpersonalista’ de la sociedad y responsabilidad directamente a los administradores y socios que la han utilizado para delinquir”.

(100) De quienes, con toda justicia y acierto, en 1804, pudo decir Chateaubriand —como se sabe, una de las cumbres de la literatura francesa de todas las épocas—: “Naturalistas, químicos, botánicos, matemáticos, astrónomos, poetas, historiadores, traductores, anticuarios, periodistas, no hay una sola rama de la ciencia que los jesuitas no hayan cultivado con fruto. Pesad el bien que los jesuitas han hecho; recordad los autores eminentes que su corporación ha dado a Francia, o los que se han educado en sus aulas; traed a la memoria los reinos enteros que han conquistado para nuestro comercio por su habilidad, sus fatigas y sangre; fijad vuestros recuerdos en los milagros de sus misiones en el Canadá, en el Paraguay, en la China, y veréis que el poco de mal que se les imputa, no desequilibra un momento los servicios que han rendido a la sociedad. ¿De qué se puede acusar a los jesuitas? De algo de ambición, cosa tan natural al talento” (CHATEAUBRIAND, François-René, “El genio del cristianismo. Sobre las bellezas de la religión cristiana”, Evergreen, Madrid, 2017, p. 612). Hoy tal contribución a la humanidad encuentra su cúspide, al asistir al Papado absolutamente extraordinario e histórico que está llevando adelante Su Santidad, el Papa Francisco (quien, como es sabido, es, y ha sido siempre, un Jesuita).

(101) Cfr. PAVONE LA ROSA, Antonio, “La Letra de Cambio”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 15.

(102) Los Templarios se ocupaban de proteger y fomentar la llegada de peregrinos cristianos desde Europa hasta Jerusalén. En aquel tiempo, los viajes eran extremadamente peligrosos, debido a la frecuente y muy violenta actividad de asaltadores en un periplo tan largo. Un peregrino necesitaba mucho dinero para sobrevivir largos meses en su viaje de ida y vuelta a Tierra Santa, pero, naturalmente, ponerse en viaje con grandes sumas de dinero era convertirse en una verdadera tentación para bandideros, ladrones, estafadores y demás personajes poco recomendables. Pues bien, los Caballeros Templarios eran monjes y a la vez guerreros destacadísimos, pero

Pero si esa y no otra fue la génesis de un instituto de derecho cambiario, como la letra de cambio, ¿en dónde estarían los “valores jurídicos” (art. 2º, Cód. Civ. y Com.) que, por ejemplo, podrían verse en tela de juicio si aparecen algunas modificaciones legales posteriores con raigambre constitucional (art. 42, CN), como puede serlo hoy, por ejemplo, todo lo que tiene que ver con el llamado “pagaré de consumo” y el desarrollo tuitivo de los consumidores? ¿Qué diremos? ¿Que hay “valores esenciales” al ordenamiento jurídico que se pondrían en jaque (103) (como, por mencionar algo indudablemente impermeable a las variaciones de tiempo y lugar, sí ocurriría con aquellos derivados de la *protección de la vida humana*)? Parece un despropósito... Algo similar ocurre —si se nos permite la analogía— en el tópico que estamos desarrollando.

también fueron unos banqueros activos y muy inteligentes, entre otros motivos, por su probidad indiscutida. Disponían de numerosos castillos por toda Europa y crearon unos establecimientos llamados “encomiendas”. Estas “encomiendas”, una curiosa mezcla de Banca y lugar de pernocte y oración, similar a un típico feudo medieval, solían distar un día de viaje, aproximadamente, las unas de las otras. El viajero entregaba una suma de dinero en el lugar de Europa desde donde iniciaba su viaje. Le era expedida una “carta” redactada en un código cifrado y secreto que sólo los Templarios podían comprender, y en la que constaba el importe total de la suma entregada en origen. El viajero podía iniciar su peregrinaje sin dinero. Cuando lo necesitaba, se dirigía otra encomienda del Temple en cualquier otro lugar, en la que solía pasar la noche, y pedía que le fuera entregada una determinada cantidad monetaria en moneda local. El caballero templario de dicha encomienda hacía constar en el documento, a través del código secreto templario, la suma que se entregaba al viajero, y así sucesivamente. Al regresar a su lugar de origen, se presentaba la carta a la encomienda correspondiente del Temple, que abonaba al viajero, el resto de la suma que no había retirado durante su viaje a los Santos Lugares. A tal punto llegó este desarrollo, que, el Temple de París, se convirtió en uno de los principales centros financieros de Europa en esa época (cfr. READ, Piers P., “Los Templarios”, Vergara, Buenos Aires, p. 219).

(103) En esta línea, verbigracia, de pretender —se diga o no abiertamente— conferir a las razones justificativas de la creación de los títulos de crédito, un status equivalente a aquellos valores que, moviéndose en la órbita axiológica del derecho, sí han de permanecer inermes a cualquier cambio o costumbre humana que los ponga en jaque (equiparación tácita, que, amén de absurda, es un completo despropósito), cfr. PAOLANTONIO, Martín, “Monólogo de fuentes. El caso del pagaré de consumo”, LA LEY, 2015-C, 823; ACHARES DI IORIO, Federico, “¿Hacia el fin de los juicios ejecutivos contra consumidores?”, en Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor, Erreius, junio 2016, p. 77).

Si, como es cierto, “una de las principales características de la evolución de la responsabilidad civil en los últimos tiempos es el vertiginoso aumento de las *fattispecie* de daños merecedores de resarcimiento” (104), y si las *modernas tendencias en materia de responsabilidad civil que han sido recogidas en el actual Cód. Civ. y Com. se trasladan, en su medida, al campo de la actuación de los administradores societarios de toda clase de compañía —incluidas aquellas con participación relevante del Estado—, no vemos que ello excepcione ningún principio general del derecho o “valor” que informa a nuestro ordenamiento jurídico*. Antes bien, se trata de postular una interpretación armónica con el nuevo Cód. Civ. y Com. en materia de responsabilidad civil, en cuyos cimientos, por lo demás, no puedan soslayarse elementales contenidos éticos y han de evitarse *actitudes insulares* en las disciplinas jurídicas (incluido, obviamente, el derecho societario), ya que, “si el jurista se interesa por el bien humano —individual o común—, le queda clausurada la alternativa del *autismo jurídico*; y los derechos humanos o los principios jurídicos —protegiendo bienes individuales o colectivos— remiten explícita e inexorablemente a la moral” (105).

A guisa de ejemplo, en cuanto a la repercusión práctica y a la trascendencia empresarial de algunos de estos cambios, podemos mencionar, a modo de cierre, que el ensanchamiento conceptual de la noción de dolo —operado por el actual art. 1724 del Cód. Civ. y Com.— habrá de tener, en lo que a responsabilidad de administradores societarios concierne, un impacto positivo. *Muchas inconductas y comportamientos antijurídicos y dañosos que facilitaban, agravaban u ocasionaban la quiebra de empresas y que, a la luz del art. 173 LCQ, antes corrían el riesgo de quedar impunes al no poderse acreditar el “dolo” en la antigua acepción del Cód. de Vélez, hoy quedan encorsetados en la noción de “dolo eventual”*. Idéntica referencia, nos cabe, para los restantes “nuevos horizontes” que nos hemos permitido describir en este opúsculo.

(104) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “El daño existencial, como daño a la persona, en la Casación Italiana a fines del año 2008”, Revista de Derecho de Daños, 2009-3, p. 62.

(105) VIGO, Rodolfo L., “Derecho y moral (razón práctica): Conexiones en tiempos del Estado de Derecho Constitucional”, LA LEY, 2021-D, 446.

Importancia del derecho societario dentro del ordenamiento jurídico

A propósito de los cincuenta años de la sanción de la LGS

Lorena R. Schneider (*)

Sumario: I. Origen y evolución de las sociedades mercantiles.— II. El Código de Comercio y la ley 19.550. Evolución legislativa.— III. Impacto del derecho societario dentro del ordenamiento jurídico y las distintas ramas del derecho.— IV. La ley 19.550 y su relación con la materia contractual.— V. El derecho de sociedades y la tecnología.— VI. Notas finales.

I. Origen y evolución de las sociedades mercantiles

La sociedad anónima no es un producto de la codificación del siglo XIX, sino que hizo su aparición mucho tiempo antes en la segunda mitad del siglo XVI, solo que y, a diferencia de las restantes sociedades mercantiles, sufrió un proceso propio en su adaptación a los códigos, que explica muchos de los puntos oscuros que rodean el nacimiento de esta figura jurídica.

De ahí que la denominación por la que se conoce a las instituciones mercantiles, siempre orientadora sobre su origen y significado histórico, resulte especialmente útil para investigar el pasado histórico de la sociedad anónima o compañía de comercio ya que aclara algunos de los extremos relativos a su nacimiento y, además, permite apreciar las primeras peculiaridades

netamente españolas en relación con la evolución sufrida por esta figura jurídica en el derecho comparado (1).

De tal forma, en el siglo XVI la dimensión de los proyectos empresariales, especialmente los desarrollados tras el descubrimiento de América, da lugar a responsabilidades económicas que exceden del patrimonio que puede ser obtenido con las sencillas formas societarias existentes, la colectiva y la comanditaria. Surge la sociedad anónima como instrumento que permite reunir gran patrimonio gracias a la división del capital en acciones, suscritas por un amplio número de pequeños inversores (2).

Hay que mencionar, además, que la sociedad anónima nació durante la era mercantilista como respuesta jurídica a la necesidad económica de una nueva institución que sirviera para la explotación comercial de las ingentes masas de capital que habían afluído de forma incesantes a Europa, a raíz de los descubrimientos geográficos. El origen de la sociedad anónima

(*) Doctora en Derecho (área Mercantil, UBA). Máster en Derecho Comercial y de los Negocios (UBA). Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Directora de la Diplomatura Corporate Lawyers (UCEMA). Directora de los Institutos de Arbitraje y de Tecnología y Comunicación (CALP). Certificate in International Commercial and Investment Arbitration (Universidad Roma Tre, UNIDROIT y ICC Arbitration). Especialista en Derecho Societario (UOC, España). Profesora de grado y posgrado. Autora de libros individuales, colectivos y artículos de doctrina en el país y en el extranjero.

(1) HIERRO ANIBARRO, Santiago, "El origen de la sociedad anónima en España", Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 31.

(2) MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, "Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores", p. 100.

se encuentra en la abundancia de capital en la economía europea del siglo XVI (3).

La bonanza económica, producto de la apertura de las nuevas rutas comerciales, permitió la transformación de una serie de instituciones mercantiles medievales, que se adaptaron a las necesidades del comercio de la Edad Moderna a través de un complejo proceso de evolución, en el que se sustituyó la base personalista, inherente a todas ellas, por la capitalista propia de la sociedad anónima. Este proceso evolutivo no se hubiera completado sin la formación de los grandes Estados, que convirtieron el comercio en una materia de interés nacional (4).

Hace ver Ascarelli la posibilidad de que las instituciones más características sobre las que se ha elaborado el derecho comercial, sean justamente los títulos de crédito y la sociedad anónima, por una parte y, el seguro, por la otra, no obstante tratarse en todos los casos, de instituciones que pasaron a integrar el derecho común. Pero la suerte del derecho comercial, como la de cualquier otro derecho, es finalmente la del Pioneer —descubridor o colonizador—, que desmonta bosques vírgenes y conquista nuevas tierras para que todos las utilicen (5).

En efecto, la función económica de la sociedad anónima resulta del hecho que constituye un instrumento jurídico para recoger economías en vastos sectores de la población, atrayendo capitales que superan las fuerzas económicas de individuos aislados o de pequeños grupos y que son necesarios para la industrialización del país y del establecimiento de los equipos industriales; democratizando de tal forma, la obtención del capital industrial de quien no podría, personal ni directamente, constituirla y administrarla, sea frente a la importancia de sus economías, sea ante el volumen de sus negocios (6).

Dóciles al hábito mental del pensar jurídico que impone una cierta simetría a las ideas, algu-

(3) HIERRO ANIBARRO, Santiago, "El origen...", ob. cit., p. 35.

(4) *Ibidem*, p. 36.

(5) ASCARELLI, Tullio, "Panorama del derecho comercial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 85.

(6) *Ibidem*, p. 86.

nos juristas han creído que la sociedad anónima nació como un desenvolvimiento de la sociedad en comandita por acciones, de la idea de una sociedad en la cual varios asociados quedaban obligados solamente en la concurrencia de su aportación, se debía pasar fácilmente a la de una sociedad en la que nadie quedaría comprometido más que por un capital social. Y aún en el origen de la sociedad anónima se descubren dos cauces históricos diversos: el italiano, donde vemos aparecer el germen de esta sociedad en las relaciones entre el estado y sus acreedores y, el holandés, donde aparece ligada al comercio con las Indias orientales y occidentales de principios del siglo XVII (7).

A diferencia de lo que ocurre con otras sociedades, no se encuentran antecedentes de la sociedad anónima ni en pueblos primitivos ni en la antigüedad. Para algunos un antecedente de la sociedad anónima lo encontramos en la *societas vectigalium publicorum* que tenían derechos corporativos y cuyos derechos eran fácilmente transmisibles; sin embargo, no tenía las características esenciales de esta sociedad y, además, carecía de personalidad jurídica. Dichas formas sociales conocidas en el derecho romano —para Garrigues—, solo tienen en común con la moderna sociedad anónima, su carácter corporativo y la transmisibilidad de los derechos sociales (8).

Un verdadero antecedente aparece en Italia Bajo Medieval, concretamente en Génova a partir del año 1407, donde la Casa de San Giorgio (luego, Banco de San Giorgio), dividió su capital en partes iguales y transmisibles y limitó la responsabilidad de sus socios al importe de su participación en tal empresa. Tuvo la categoría de corporación pública e incluso tuvo la facultad de emitir billetes y garantizar empréstitos de la República Genovesa. Muchos años después surge en Milán el Banco de San Ambrosio (1592) que posteriormente se convirtió en banco por acciones y, es en ese tiempo (1598), cuando suele fijarse el nacimiento de la sociedad anónima, la cual, a partir de entonces, se ha convertido en

(7) GARRIGUES, Jesús, "Curso de derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1968, 5ª ed. revisada, corregida y puesta al día por Alberto Bercovitz, t. I, p. 335.

(8) *Ibidem*, p. 336.

el principal vehículo del comercio y en el estandarte del capitalismo **(9)**.

Mas, según la opinión más extendida entre los autores, el origen directo de la sociedad anónima hay que buscarlo en Holanda, a comienzos del siglo XVII. Al impulso del creador de los comerciantes y navegantes holandeses se debe el nacimiento de las nuevas formas de empresa formadas exclusivamente por aportaciones en dinero, que convirtieron al dinero en empresario sustituyendo la base personal, propia de la empresa individual y de la compañía colectiva, por la base estrictamente capitalista. El primer gran Banco que aplicó fuera de Italia el principio del accionariado fue el banco de Inglaterra (1694) **(10)**.

Lo cierto es que en el siglo XV existían en Italia, al menos bancos privilegiados cuyo capital estaba representado por títulos análogos a las modernas acciones. Tal fue el mencionado Banco de San Giorgio, que funcionó hasta 1799 **(11)**.

Como origen de la sociedad anónima se habla también de las colonias colonizadoras holandesas que eran verdaderas corporaciones mercantiles, aunque fueron entes de derecho público creadas por las cartas otorgadas por el Estado y tuvieran un estatus especial dotado de una cierta soberanía. Este régimen fue copiado por Inglaterra, Suecia, Dinamarca y Francia, durante el siglo XVII **(12)**.

Fue el derecho público —para Ascarelli—, el que debió socorrer el derecho privado, aunque en medida diversa en los distintos países, como resulta comparando la historia de las compañías francesas en que la influencia estatal es más acentuada según la orientación mercantilista y, en las compañías holandesas. Las primeras compañías se constituyeron por ley

(9) PAREDES SÁNCHEZ, Luis - OLIVER MEADE, Hervert, "Derecho Mercantil: Parte General y Sociedades", Grupo Editorial Patria, México, 2014, p. 165.

(10) GARRIGUES, Jesús, "Curso...", ob. cit., p. 335.

(11) MALAGARRIGA, Carlos, "Tratado elemental de derecho comercial", t. I, Buenos Aires, ed. Tipográfica argentina, 1963, p. 399.

(12) PAREDES SÁNCHEZ, Luis - OLIVER MEADE, Hervert, "Derecho Mercantil...", ob. cit., p. 165.

especial que les reconocía su personalidad jurídica, con la consecuente separación de los patrimonios y la posibilidad del cambio de socios independientemente de la alteración de los estatutos **(13)**.

Y ochenta años después de la fundación de la primera compañía colonial (la holandesa de las Indias), José de La Vega, señalaba en Ámsterdam el uso y también los abusos sobre las sociedades anónimas y la especulación sobre las acciones. Surgiría así, con las compañías coloniales el inmediato precedente de la sociedad anónima que se une con sus orígenes al interés del Extremo Oriente y a la colonización del Nuevo mundo, entonces recién descubierto, que dominó la Europa del XVII **(14)**.

Por otra parte, los principios que triunfaron desde el comienzo solo parcialmente con las compañías coloniales no carecían de precedentes. Durante el reinado de Isabel I de Inglaterra se constituyen la Compañía moscovita, en 1555 y la Compañía española, en 1557 **(15)**.

La propia colonia holandesa, de 1602, parece haber resultado de la unión entre varios condominios marítimos. Por ello, la responsabilidad limitada del accionista reconoce su origen en el derecho marítimo caso en que se halla a la compañía holandesa de las Indias la que parece, nació de la fusión entre varias *reedereien*, o sea, de varias comunidades de armadores del derecho germánico **(16)**.

La primera compañía de esta clase, la "Compañía de las Indias Orientales," es creada el 20 de marzo de 1602 y, a partir de esa fecha se sucede la fundación de otras grandes compañías similares: "Compañía inglesa de las Indias Orientales" (1612), "Compañía sueca" (1615), fundada por el rey Gustavo Adolfo, "Compañía danesa de las Indias Orientales" (1616), "Compañía holandesa de las Indias Occidentales" (1621) y "Compañía francesa de las Indias Occidentales

(13) ASCARELLI, Tullio, "Panorama...", ob. cit., p. 87.

(14) Ibidem, p. 88.

(15) MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, "Gobierno corporativo...", ob. cit., p. 100.

(16) GARRIGUES, Jesús, "Curso...", ob. cit., p. 336.

y Orientales" (1664). Por demás, el uso de la palabra acción se remonta a 1604 (17).

Prohibido Felipe II a los marinos de las Provincias Unidas todo comercio con Portugal a cuyos puertos iban a buscar los artículos coloniales, empezaron a traficar directamente con la India y las islas de la Sonda. El peligro de las operaciones proveniente del trato de piratas que los portugueses daban a los mercaderes europeos que recorrían el océano Índico, hizo que los holandeses, que deseaban arriesgarse en empresas, reunieran sus capitales. El capital estaba dividido en 2153 acciones de 3 florines cada una. El éxito que a partir de 1634 tuvo en sus propósitos la compañía holandesa, determinó al rey de Inglaterra a fundar la Compañía de América del Norte, la de la Bahía de Massachusetts y la Bahía de Hudson (18).

El gobierno francés, por su parte, distribuyó su comercio colonial entre diversas compañías privilegiadas, algunas de ellas antes mencionadas, como la de las Indias Orientales (1604), de las Occidentales y de las islas de San Cristóbal de Barbada (1616) y, a las de la Guinea (1634), del Cabo Blanco (1636), de las Islas de América y de Cabo Verde (1639), de Oriente y Madagascar (1642), del Norte (1665), de Levante (1671), y del Senegal (1679) (19).

A principios del siglo XVIII se encuentran en España algunos decretos de creación de las grandes compañías, tanto para el comercio de las Indias Occidentales como para el de las Indias Orientales (Filipinas). Tal es el caso de la compañía creada en Guipúzcoa hacia 1728 para el tráfico con Caracas, y la gran compañía creada en Cádiz por Felipe V con el nombre de Real Compañía de Filipinas. Estas grandes compañías coloniales fueron la resultante de la combinación entre la antigua *commenda* y las asociaciones navieras (20).

(17) Ibidem, p. 337.

(18) MALAGARRIGA, Carlos, "Tratado...", ob. cit., p. 400.

(19) Ibidem, p. 401.

(20) ASCARELLI, Tullio, "Panorama...", ob. cit., p. 89; íd., en idéntico sentido GARRIGUES, Jesús, "Curso...", ob. cit., p. 336.

Las grandes compañías coloniales holandesas y el Banco de San Giorgio, antes mencionadas, al parecer, constituyen dos manifestaciones paralelas diversas por su origen económico y por su configuración jurídica, y que han contribuido conjuntamente en la formación legislativa y conceptual de la sociedad por acciones contemporánea, aun cuando hay que reconocer que esta ha recibido los rasgos principales de su fisonomía más de las compañías holandesas que de los *montes* italianos (21).

A pesar de las crisis sufridas en algunas ocasiones como aquellas célebres que motivaron el Bubble Act inglés o de las vinculadas con la actividad del escocés Law en Francia, se va evidenciando la utilidad de las sociedades anónimas y la imposibilidad de subordinar la existencia de cada una de ellas a la promulgación de una ley especial de la cual resultaban, por otra parte, simultáneamente privilegios cosmopolitas que contrastaban con la idea de la libertad de competencia que desde el siglo XVIII se venía imponiendo en las conciencias (22).

El Código de Napoleón sancionó la libertad de constitución de sociedades anónimas, observando determinadas normas de carácter general y subordinadas a la autorización administrativa. En la segunda mitad del siglo XIX se dio un paso más y se admitió la libertad de constitución de sociedades anónimas atendiéndose a las reglas dictadas, en líneas generales, en cuanto a su constitución y, verificando su cumplimiento por la autoridad pública (23).

La ley francesa de 1867 se convirtió rápidamente en el modelo imitado por los demás países de Europa continental y de la América Latina, pasando de Francia a Bélgica, a Italia y atravesando los océanos. Vino entonces la ley y para completarla e integrarla, la doctrina y jurisprudencia tuvieron que resolver los problemas planteados por la responsabilidad limitada y por la circulación de las acciones, tutelando, por una parte, sobre el primer aspecto, la integridad del capital social y, disciplinando, por la otra, las

(21) Ibidem, p. 88.

(22) Ibidem, p. 90.

(23) MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, "Gobierno corporativo...", p. 100.

relaciones entre las acciones. Se fue elaborando así la disciplina jurídica que luego se reveló en el instrumento jurídico preferido por la empresa capitalista en los siglos XIX y XX (24).

De tal manera, las primeras sociedades anónimas tienen una configuración muy distinta a las actuales. Son entidades semipúblicas constituidas por los soberanos, por medio de decisiones gubernativas denominadas *actroi* que gozan de privilegios monopolísticos, tienen facultades para la construcción de fortificaciones, cuentan con bandera propia para identificar sus buques, pueden firmar tratados comerciales y declarar guerras. Estos rasgos y la necesidad de que su creación proceda a una decisión real dan lugar a que sean denominadas, también, *compañías de privilegio* (25).

II. El Código de Comercio y la ley 19.550. Evolución legislativa

En nuestro país la sociedad anónima fue regulada entre los "actos de comercio", que incluía el art. 8°, del Cód. de Comercio, hoy derogado, en su inc. 6°, las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto. Las sociedades de responsabilidad limitada —por su parte—, fueron reguladas por ley 11.645 —del año 1932—, y, estuvieron comprendidas en el inc. 11°, del indicado art. 8°.

A Carlos Malagarriga y Enrique Aztiria se encomendó (dec. 9311/1958), la redacción del Anteproyecto de LGS. Dentro del término de 120 días que se les daba para ello, presentan los redactores las "Disposiciones Generales" del mismo cuerpo y, luego, en septiembre de 1959, su texto íntegro que consta de 489 arts. y elevan con una amplia y fundada exposición de motivos.

La Comisión Asesora, Revisora y Consultiva, que preside el Dr. Isaac Halperín, trabaja en él durante casi dos años. Al concluir la Comisión su cometido, el Dr. Malagarriga considera las modificaciones introducidas y decide prestar conformidad con ellas, depurando en la oportunidad el texto del art. 12 que trata del nacimiento de la sociedad regular, que adviene con la

inscripción del Contrato en el Registro Público de Comercio (26).

La Ley General de Sociedades (LGS) —vigente desde 1972—, surge como consecuencia de la derogación de los arts. 28, 41 a 449, por aquellos entonces incluidos al plexo de normas del Cód. de Comercio, pero, asimismo, las leyes 3528, 4157, 5125, 6788, 8875, 11.645, el art. 200, ley 11.729, ley 17.318, los decs. 825/1955, 5567/1956 y 3329/1963, los arts. 7° y 8°, de ley 19.060. Sin embargo, aquel cuerpo, dejó vigente el régimen de sociedades civiles que se encontraba establecido dentro del Cód. Civil (régimen actualmente derogado).

Desde aquel momento, la ley 19.550, sufrió importantes reformas, entre las que pueden mencionarse, las introducidas por las leyes: a) 19.686, que entre diversas cuestiones modificó los arts. 342, 351, 368, y 369; b) 19.880, que se encargó de sustituir el art. 369, y modificar los arts. 370 y 371; c) 20.337, que modificó el art. 372; d) 20.486, encargada de sustituir los arts. 261, y 311, y modificar el art. 369; e) 21.304, que sustituyó los arts. 284, y 299, inc. 2°, f) 21.537, que sustituyó el art. 10; g) 22.182, que sustituyó los arts. 186 y 302; h) 22.686, que sustituyó los arts. 188, 202, 234, y 237.

La más importante hasta ese momento, fue la ley 22.903, de 1993, que provoca modificaciones importantísimas, no solo en cuanto al volumen de normas de modifican sino a la importancia de las cuestiones que introduce entre las que cabe mencionar la autorización del juez de comercio que hasta ese momento no se encontraba regulado en la ley de sociedades o, las modificaciones al régimen de las SRL, destinadas a "potenciar" —según los términos empleados en la misma ley—, esta estructura con la inculcada finalidad de revertir la tendencia hacia la constitución de sociedades anónimas de familia (arts. 152, 158, 159 y 160).

A ella deben añadirse, las leyes 22.985, que sustituye los arts. 104 y 244; k) 23.576, que sustituyó el art. 325; el dec. reglamentario de

(24) ASCARELLI, Tullio, "Panorama...", ob. cit., p. 89.

(25) MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, "Gobierno corporativo...", ob. cit., p. 101.

(26) ANAYA, Jaime - PODETTI, Humberto, "Código de Comercio y leyes complementarias, Comentados y Concordados", Ed. Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1965, t. I, arts. 1 al 42, p. 63.

ley 23.928, modifica los 186, primer párr., el 299, inc. 2°, y el 302, inc. 3°, entre las más relevantes.

La última gran de reforma a la ley de sociedades, es precisamente, mediante ley 26.994 (Cód. Civ. y Com.), que entre diversas otras cuestiones introduce la figura de la sociedad unipersonal. Esta figura necesaria y esperada, no ha sido dispuesta por la indicada ley como debió haberlo sido. Su excesivo rigorismo, la ha convertido en un tipo poco atractivo para quienes no puedan contar con la estructura que se exige.

Esta ley —el Cód. Civ. y Com.— ha sufrido necesarias modificaciones, tal es el caso de, en noviembre de 2016 se promulgó una ley modificatoria de la LGS, de algún modo ajustando determinados aspectos relacionados con la cuestionada implementación de las sociedades de tipo unipersonales, que finalmente introdujo el Cód. Civ. y Com.

La ley 27.290 (27) así, modificó los arts. 255 y 284, LGS, permitiendo que las sociedades anónimas unipersonales tengan menos de tres miembros en sus órganos de administración y fiscalización. Ello resulta acertado por cuanto —pese a seguir siendo un exceso—, se plantea un panorama más flexible.

Desde otra perspectiva, en examen profuso de la sociedad civil en torno a la reforma llevada a cabo por el Cód. Civ. y Com., Alegria, hace ver que la lectura del Cód. Civ. y Com. se advierte que no hace referencia expresa a las sociedades civiles preexistentes a su vigencia y tampoco las que eventualmente puedan constituirse. No se han encontrado fundamentos que indiquen la razón de esa particularidad. Precisamente, al no haberse adoptado una norma que contemplara la situación de las sociedades civiles preexistentes, se abre un primer cauce de debate doctrinario (28).

Como se vio, esa previsión se había introducido en el Proyecto de Unificación de la Comisión Federal, art. 7°, Ley de Sanción de las Reformas propuestas y en el Proyecto de Cód. Civil de

1998, art. 10 de instrumento similar. En ambas se establecía que las sociedades civiles preexistentes a la vigencia del Código quedarían regidas por los arts. 21 a 26, LGS (que en ambos se reformaban) y por las disposiciones generales de dicha ley, conservando su personalidad jurídica sin solución de continuidad. Si bien las normas de los arts. 17 y 21 a 26, LGS, se originan directamente en el Proyecto de Cód. Civil de 1998 y, su antecedente el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, existen algunas diferencias (29).

Así, por ej., en el art. 21 se ha ordenado la redacción, aunque sin modificación sustancial. En el art. 22 se ha suprimido la frase inicial contenida en los Proyectos que decía “Régimen aplicable. Se aplican a estas sociedades las disposiciones generales de este capítulo y, supletoriamente, lo dispuesto para las sociedades colectivas, con las modificaciones establecidas en esta Sección”.

Al final del mismo artículo se suprimió la frase que decía: “La registración o publicidad del contrato no puede ser invocada por la sociedad, los socios o los administradores como prueba del conocimiento del tercero”. En el art. 23 los dos primeros párr., se han re expresado eliminando la remisión a los arts. 127 a 130, LGS (administración de sociedades colectivas). En el segundo párr., cuando se refiere a que cualquiera de los socios representa a la sociedad, se agrega “exhibiendo el contrato”. En el tercer párr., referido a los bienes registrables, se agrega que “el bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad”. El art. 26 es idéntico a los precedentes (30).

Por otro lado, el código no prevé la situación en la que quedan las anteriores sociedades civiles, ni la eventual constitución de nuevas sociedades civiles, después de su entrada en vigor. Del viejo principio filosófico de invariable vigencia *la parte está comprendida en el todo*, surge con evidencia que la disposición al Cód. Civil se aplica a las sociedades comerciales como lo referente al género rige para la especie. La cir-

(27) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/8YZH.

(28) ALEGRIA, Héctor, "Las 'sociedades civiles' y el Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015.

(29) Ibidem.

(30) Ibidem.

cunstancia de existir normas específicas para cada tipo o categoría nada quita al principio lógico ni a sus consecuencias.

También parece importante resaltar que si bien el art. 1º, LGS se refiere a la sociedad constituida conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, los arts. 17 y 21, LGS admiten que las sociedades atípicas o con omisión de requisitos esenciales tipificantes e, incluso, “las que incumplan con las formalidades exigidas por esta ley, se rijan por lo dispuesto en esta Sección” (Sec. IV, del cap. I, LGS). Por lo tanto, si la única diferencia radicaría en que la utilidad debía repartirse en la sociedad civil, mientras que basta que sea producida beneficiando a los socios, aun de otra manera, el nuevo ordenamiento no importa restringir el campo de una sociedad civil ya constituida, sino eventualmente ampliarlo (31).

Finalmente, se promulgó la ley 27.349 (32) (Apoyo al Capital Emprendedor, LACE) que, si bien no modifica ninguna de las normas contenidas en la LGS, sí la complementa y que entre sus disposiciones introduce la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), que entre otras cuestiones viene a quitar relevancia al excesivo rigorismo del Cód. Civ. y Com., en relación con la sociedad de tipo unipersonal y, a su vez, declara a la LGS de aplicación supletoria.

En el año 2019 fue designada la Comisión encargada de llevar adelante el Proyecto de Ley de Reformas a la LGS, que, entre las cuestiones que a este trabajo importan, supuso importantes modificaciones a la ley societaria, en tanto ha ensayado relevantes mejoras entre las que se cuentan, por ejemplo: que ha llevado y, así incluido, normas dedicadas al tratamiento de las

(31) Ibidem.

(32) A partir del art. 33 la LACE instauro la sociedad por acciones simplificada (SAS), como un nuevo tipo societario con el alcance y características previstas en esa ley, aplicándosele supletoriamente las disposiciones de la LGS. Así, la SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de sus acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía prevista en el art. 43 (los socios garantizan ilimitada y solidariamente a los terceros la integración de sus aportes). La SAS unipersonal no podrá constituir ni participar en otra SAS unipersonal.

sociedades anónimas (sección V, cap., 6º, De la Administración y Representación) (33), dentro del cap. I, “Disposiciones generales”.

El mencionado Proyecto —que hoy desafortunadamente perdió estado parlamentario—, implica singulares y significativas mejoras al sistema de la responsabilidad social, ya que aun cuando en gran cantidad de casos, cupiese aplicar de manera analógica normas destinadas a regular la sociedad anónimas a otros tipos sociales, incluir normas expresas dentro de las disposiciones generales de normas societarias representa expandir necesariamente su aplicación —de contornos severos—, al resto de los tipos sociales.

Ello supone un cambio importante de paradigmas en tanto implica equiparar deberes y responsabilidades a todos los tipos por igual. Así las cosas, las normas proyectadas cobran relevada importancia si tenemos en cuenta que, además, se ha incorporado a la LGS el nuevo tipo societario SAS regulado hasta ahora en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor.

En tal sentido, el art. 59 proyectado, cobija no solo a los deberes específicos que hacen al comportamiento del administrador social (lealtad y diligencia), sino, además, la prohibición de contratar con la sociedad, del art. 271 (art. 59 *septies*), el interés contrario del art. 272 (art. 59 *ter*, que ahora regula los conflictos de intereses), las actividades en competencia del art. 273 (art. 59 *bis*), y las acciones de responsabilidad derivadas de los arts. 276 y ss., LGS (art. 59 *decies* y *undecies*), entre otras cuestiones.

Desde otro punto de vista, pero íntimamente relacionado al tema que se analiza, merece especial mención el hecho que el texto proyectado incorpora la posibilidad de *impugnar* las resoluciones emanadas del órgano de administración social. Como se sabe, en la actualidad la LGS no regula dicha posibilidad, ya que en virtud de los arts. 251 y 252, exclusivamente podrán atacarse o suspender la ejecución de los actos de gobierno.

(33) El Proyecto de Reformas a la LGS ha incluido, además, en su parte general a las sociedades en formación y al régimen de impugnación y suspensión de la ejecución de las decisiones asamblearias.

Pues bien, el art. 20 que cobija nuevamente aquí, dentro de la esfera general de la ley, los arts. 251 y 252 antes indicados (que en el texto proyectado remiten al art. 20), trae la novedosa posibilidad de atacar actos del órgano de administración por: *falta de competencia atribuida por la ley, contrato o estatuto y por las mismas causales establecidas para atacar actos asamblearios*.

Y agrega como una limitación: que no serán impugnables debido a *criterios empresarios o de negocios*, lo que refuerza enormemente la regla de discrecionalidad introducida en el art. 59 *quinquies* y, tampoco —como es lógico—, serán impugnables las resoluciones que no causaren daño, ya que como se ha indicado en ciertos precedentes, no puede haber nulidad por la nulidad misma.

III. Impacto del derecho societario dentro del ordenamiento jurídico y las distintas ramas del derecho

El derecho societario resulta de singular importancia para todas ramas del derecho, tal es su importancia. Así, puede advertirse íntima relación, por ejemplo, con el *derecho constitucional*, en tanto es precisamente en la Carta Magna donde surge: la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita, comerciar, usar y disponer de su propiedad, asociarse con fines útiles (art. 14) y el derecho de propiedad (art. 17).

Se relaciona, además, con el *derecho civil* —en nuestro caso hoy unificado en su tratamiento junto con el comercial—, en tanto es el mismísimo Cód. Civ. y Com. quien se encarga de establecer normas específicas destinadas a regular el funcionamiento de las personas jurídicas privadas (art. 148, inc. 1, ss., y ccds.). Dentro del derecho civil, la constitución de una sociedad puede hallarse luego condicionada por el régimen dispuesto para los bienes propios (art. 464) o respecto de los bienes gananciales (art. 465), para el caso de disolución del vínculo conyugal o por causa de muerte de alguno de los socios, en cuyo caso deberemos acudir: a) a las normas imperativas de la LGS, si las hubiere en el caso; b) a lo dispuesto por las partes en el contrato o estatuto social y, c) a las normas supletorias de la LGS, o en su defecto, por

el Cód. Civ. y Com., conforme el art. 150, Cód. Civ. y Com.

Al derecho societario se le aplican, por demás, normas concernientes a los *derechos reales* (v.gr. art. 1887, CCyN), en tanto, si existe copropiedad se aplican las reglas del *condominio* (art. 209, LGS) o, si el aporte del socio fuere el *usufructo* del bien, en caso de evicción se deberá reemplazar el bien cuando fuere sustituible (art. 48, LGS). El aporte de *uso* o *goce* solo se autoriza en las sociedades de interés (art. 45, LGS).

Su trascendencia también la encontramos dentro del *derecho concursal y de quiebras*, en tanto las sociedades comerciales pueden ser declaradas en concurso preventivo o quiebra (arts. 2°, 5°, 6°, 11, 65, ss., y ccds., ley 24.522) y, puede extenderseles la responsabilidad a los socios y a los terceros que hayan actuado en interés personal (arts. 160 y 161).

Dentro del *derecho penal* también encontramos relaciones con la rama societaria por cuanto quienes componen sociedades —sus socios—, o quienes las representen —sus administradores—, podrán resultar responsables si cometieren ilícitos (v.gr. delitos contra el orden económico y financiero dispuestos por los arts. 303 a 313, del Cód. Penal).

En tal sentido, con relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica cabe destacar que con fecha 8 de noviembre de 2017, el Congreso aprobó la ley 27.401 (34), de Responsabi-

(34) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/9FX9. El PEN presentó el proyecto de ley el 20 de octubre de 2016, la Cámara de Diputados aprobó una versión modificada el 5 de julio de 2017, el Senado aprobó una nueva versión con varias reformas el 27 de septiembre de 2017 y la Cámara de Diputados aprobó la versión final el 8 de noviembre de 2017, aceptando los cambios introducidos por el Senado. Esta ley redefine el panorama de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hasta el momento existía en un número limitado de casos incluyendo, por ejemplo, algunos de evasión impositiva y contrabando. En términos generales, la ley busca alinear ciertas regulaciones argentinas anticorrupción con estándares internacionales que penalizan a las personas jurídicas por participar en esos delitos. La ley hace a las personas jurídicas responsables por: a) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional; b) negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; c) concusión; d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; y e) balances e informes falsos agravados,

alidad Penal de Personas Jurídicas Privadas, que establece la responsabilidad penal empresaria y regula los programas de *compliance* para ciertos casos de corrupción.

Se vincula, asimismo —como es lógico—, con el *derecho tributario*, en tanto la sociedad es un sujeto obligado al pago de tributos y sus administradores —aun cuando deba decirse que no son garantes de la deuda ajena —las deudas sociales—, podrán resultar responsables en determinados casos. En lo que hace al ámbito normativo de carácter tributario caben ser mencionadas diversas normas tributarias como son, por ejemplo, la ley 11.683 de Procedimiento Fiscal (35) que establece la obligación a pa-

con el fin de ocultar el cohecho y el tráfico de influencias, nacional y transnacional. Los señalados delitos involucran distintos elementos complejos. Adicionalmente, cabe observar que no hay precedentes para varios de los puntos planteados por esta ley. Por lo tanto, sería prudente que las personas jurídicas realicen un profundo análisis sobre el alcance de esta ley y cómo aplica a cada una de sus actividades. Las personas jurídicas serán responsables cuando estos delitos sean cometidos, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Las personas jurídicas sólo quedarán exentas de responsabilidad, si la persona humana que cometió el delito actuó en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la persona jurídica. Frente a ello, la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que haya intervenido en el delito, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. En cuanto a la responsabilidad sucesiva si la persona jurídica que es responsable bajo esta ley lleva a cabo una fusión, escisión o cualquier otra modificación o reestructuración de carácter societario, la persona jurídica resultante seguirá siendo responsable. Las multas aplicables a las personas jurídicas oscilan entre 2 y 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener por las acciones cometidas en violación de esta regulación. Adicionalmente, las autoridades podrán decomisar los activos obtenidos a través de estas acciones ilegales. Las personas jurídicas también podrán perder o sufrir la suspensión de los beneficios estatales que hayan obtenido previamente, y podrán ser suspendidas para participar en licitaciones y contratos con el Estado, o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado.

(35) Una de las figuras que podrá caberles a los administradores es la contemplada por el art. 46, ley 11.683 que requiere para su configuración el elemento intención, según resulta de las expresiones declaraciones engañosas u ocultación maliciosa. En un mismo sentido, la conducta tributaria del administrador puede encuadrar en el art. 47, inc. b, de la ley 11.683, que establece una

gar el tributo con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades (art. 6°) y tienen que cumplir los mismos deberes que para esos fines incumben también a las personas o entidades con que ellas se vinculan (art. 7°).

Lo mismo ocurre con el *derecho de la competencia* establecido por la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, que entre los sujetos obligados incorpora a las personas jurídicas (art. 3°). La misma ley —además—, les reconoce a las personas jurídicas la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia (art. 51).

Otro de los vínculos que se advierten entre el derecho societario y el ordenamiento jurídico se encuentra con el *derecho del trabajo*. Allí, pese a serias objeciones que pueden hacerse al respecto de la errónea aplicación de normas societarias por parte de los Tribunales del Trabajo, encontramos que —con menuda frecuencia—, se extiende la responsabilidad derivada de los art. 54, 59 y 274, LGS, frente a casos de incumplimiento de obligaciones laborales. Sobre ello cabe hacer notar —además—, que no existe previsión en el ámbito normativo laboral que permitan endilgar responsabilidad a los miembros del órgano de administrador social de sociedades. Pese a ello, la relación entre ambas ramas es innegable, dado que la persona jurídica es quien asume el rol de empleador y se obliga a cumplir obligaciones derivadas de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (v.gr. por deficiente registración y también frente a supuestos de retención indebida de la remuneración del trabajador, art. 132 *bis*, LCT).

Otro tanto encontramos en el *derecho de mercado de capitales* [ley 26.831 de Mercado de

presunción de dolo para aquellos supuestos en que los datos falsos generen una divergencia importante entre lo declarado por el contribuyente y lo que realmente debió haber declarado de modo de haber ingresado al Fisco el importe del tributo en su justa medida.

Capitales (36)] que regula el régimen de las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones u obligaciones negociables, contratos con partes relacionadas, en particular sobre las prohibiciones e incompatibilidades para su inscripción (art. 48), régimen dispuesto para las emisoras (art. 59, y ss.), remuneración de directores (art. 75), acción de responsabilidad contra estos (art. 76), deber de lealtad con expresa mención del conflicto de intereses (art. 78), entre otras.

Su importancia también se hace ver dentro del *derecho aduanero* (Cód. Aduanero, ley 22.415), ya que la persona jurídica —sociedad—, podrá inscribirse en el Registro de importadores y exportadores (arts. 94, 97, 98, ss. y ccds., de la indicada ley).

Asimismo, se visibiliza dentro del *derecho de marcas* (ley 22.362 de Marcas y Designaciones), en tanto la sociedad podrá registrar marcas o patentes a su nombre y así, detentar su dominio por el plazo de 10 años, que luego podrá renovar indefinidamente por períodos iguales (art. 5°).

Otro tanto ocurre con la *derecho de protección de datos* (ley 25.326 de Protección de Datos Personales) que, en el segundo párrafo del art. 1°, les hace extensivo a las personas jurídicas su régimen normativo como responsables privados o públicos, si en ellos intervinieren el Estado y los obliga a inscribirse ante la autoridad de control respectiva en cumplimiento de determinados requisitos ineludibles como resultan la calidad del archivo de datos, derecho de infor-

mación, seguridad de archivos, cesión de dichos datos y confidencialidad (arts. 3° y ss.) y, desde el lado del titular de los datos, la obligación de la persona jurídica de brindar acceso, posibilidad de rectificar y/o suprimir de manera gratuita, entre otras (arts. 13 y ss.).

Se relaciona también con el *derecho de medio ambiente* (ley 25.675 de Política Ambiental Nacional), en tanto a las personas —tanto humanas como jurídicas—, se les imponen deberes específicos establecidos como presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1°). Ello, asimismo, se relaciona con la noción de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) (37).

En un mismo sentido puede mencionarse la señalada relación con el *derecho internacional, con el comercio internacional y con el arbitraje*. Sobre ello, resultan de importancia los Tratados suscriptos con diferentes Estados o a los que nuestro país adhirió mediante ratificación. Es que el derecho internacional en su moderna formulación requiere cooperación, integración e incentivo para el desarrollo.

Con relación al arbitraje debe decirse que en nuestro país es bastante reciente el dictado de normas en ese sentido —más concretamente en el año 2018—, ley 27.449, lo que implica que nos encontramos en un derecho en proceso de maduración, a diferencia de países de nuestra región como son, por ejemplo, Perú, Brasil que cuentan con más de 30 años de experiencia. En un mismo sentido, el Cód. Civ. y Com. del año

(36) Aunque no con tanto énfasis como sí lo hubo hecho el art. 8 del derogado dec. 677/2001, que expresamente imponía a directores, administradores y fiscalizadores: I. "Hacer prevalecer, sin excepción el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes", de modo congruente con el considerando 27 del mismo decreto que al mismo tiempo establecía que "los deberes de lealtad y diligencia que deben tener los participantes en el mercado, son también de especial tratamiento en este acto, reafirmando con el considerando 27 del mismo decreto que los administradores de los emisores, el "interés social", precisado expresamente como el "interés común de todos los accionistas", la LMC, también menciona el interés social en diversas normas, aunque —debe decirse—, de modo casi insustancial, (art. 78 inc. d., 86 inc., f., y 101, LMC).

(37) Sobre ello, cabe resaltar que, en el año 1999, en el Foro Mundial de Davos, Suiza, se anunció el "Pacto Mundial de Naciones Unidas" y fue a partir del año 2000 cuando se puso en marcha anunciando a las empresas para que adopten nuevos principios universales en el ámbito de los derechos humanos, las normas laborales y el medio ambiente. Así surgió este nuevo enfoque en el desarrollo de la empresa, La Responsabilidad Social Empresarial entendida como la incorporación consiente, clara y sostenida en la gestión estratégica de una organización, de los impactos sociales de su actividad en el entorno. El Libro Verde destaca como aspecto fundamental que la RSE no se considere una obligación bajo preceptos legales o impositivos, sino una acción totalmente voluntaria que vaya más allá del mero cumplimiento de leyes y normas que todos deberían cumplir.

2015 —pese a algunas críticas pueden hacerse—, regula el contrato de arbitraje a partir del art. 1649.

Con relación al arbitraje de inversiones *Inversor-Estado* (ISDS por sus siglas del inglés *Investor-State Dispute Settlement*), cuya finalidad es la protección de las inversiones privadas extranjeras hechas en los Estados receptores y la promoción del flujo contante de las inversiones privadas en el mundo. Precisamente, se trata de sociedades transnacionales inversoras que introducen ese capital dentro de los Estados que lo alojan. Existen más de 3000 tratados bilaterales de inversiones (TIB), que, pese a parecer ambiguos, poco eficientes en algunos casos o desactualizados conforman un sistema junto con la Convención de Nueva York del año 1958, la Resolución ONU 2205 (XXI) que dio vida a la CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje de 1976, y la Ley Modelo de 1985.

Entonces, ¿podrá una persona jurídica multinacional o transnacional demandar a un Estado, en caso de que el orden público de ese Estado resulte comprometido y se cause como consecuencia de ello, algún perjuicio económico a esa compañía o las inversiones que haya realizado? Absolutamente. Aquellos TIB —aun con sus debilidades—, aseguran que esos inversores reciban “trato justo y equitativo” o “expropiación indirecta”, lo que les otorga un importante incentivo para asentarse en un Estado extranjero.

Los principales tribunales de arbitraje que pueden mencionarse son los creados *ad hoc* bajo las normas de la CNUDMI para cada caso concreto, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC), el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (38). Aquí también encontramos cues-

(38) El sistema del CIADI implica un sometimiento voluntario específico de las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión por parte de los Estados y de los nacionales de otros Estados contratantes. La voluntariedad del sistema pretende garantizarse mediante la exigencia del consentimiento escrito (art. 25.1 Convención CIADI), de forma que “la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que

ciones vinculadas al derecho societario, sobre todo en las operaciones control societario que involucren a personas jurídicas —en este caso constituidas en el extranjero que hayan decidido invertir en otro país que quizás pueda ser, eventualmente, el nuestro (39) y allí es donde cobrará relevancia la rama societaria, junto a importantes nociones como la de “inversión”, “seguridad jurídica”, “orden o interés público”, “previsibilidad”, entre las más notorias.

IV. La ley 19.550 y su relación con la materia contractual

Observa Jossierand un desarrollo cuantitativo, así como cualitativo de la institución contractual. Es decir que existe contrato “aun cuando el

constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. Cabe agregar que actualmente las Reglas de Arbitraje y Conciliación en virtud del Convenio del CIADI, están atravesando un proceso de Enmiendas que seguramente finalizarán recién hacia el año 2026.

(39) Importantes laudos pueden mencionarse que han tenido a nuestro país como protagonista y del otro lado a una persona jurídica o grupo de control: Compañía de Aguas de Aconguija SA y Vivendi Universal c. República Argentina, CIADI caso No. ARB/9713, Decisión de Anulación de julio 3, 2002, 41 ILM 1135, párr. 103, (2002): la controversia tenía relación con las condiciones de un contrato de concesión celebrado en 1995 entre la provincia argentina de Tucumán y la compañía argentina denominada Compañía de Aguas de Aconguija SA, controlada en el momento de la disputa por una compañía francesa, Compagnie Generale des Eaux y posteriormente por Vivendi Universal). Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Fr.-Arg., julio 3, 1991, disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/ada_AwardoftheTribunal.pdf; El Paso Energy International Company c. República Argentina, Decisión sobre Jurisdicción, CIADI Caso No. ARB/03/15, abril 27, 2006, párr. 82, <http://ita.law.uvic.ca/documents/el Paso-jurisdiction27april2006.pdf>; Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. Argentine Republic, CIADI Caso No. ARB/03/13 y BP; America Production Co. y otros c. Argentine Republic, CIADI Caso No. ARB/04/8; Decisión de Objeciones Preliminares, 27 de Julio de 2006; CMS c. Argentina, CIADI Caso No. ARB/01/8, Decisión de 12 de mayo de 2005, par. 299.; Sempra Energy International c. Argentina, CIADI Caso No ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, mayo 11 de 2005, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/sempra-sp.pdf>; Lanco Int'l Inc. c. Argentina, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 40 I.L.M.457, 463 (2001).

negocio jurídico no se refiera a dos declaraciones simétricas y antitéticas de voluntad y, aun cuando no entrara, por consiguiente, en el molde de la *stipulatio romana*.

No todos aceptaron dar este paso conceptual y solucionaron el flagrante problema de diversas maneras: Mossa por su parte, sostiene que es un contrato bilateral independiente del número de partes intervinientes. Las características propias emanan de la existencia de pluralidad de obligaciones y del fin social, aunque la sociedad sea de dos socios; de ahí la peculiaridad de los efectos del incumplimiento (40).

En 1892, Kuntze desarrolló la teoría del *Gesamtakt* (o acto complejo), en el cual las voluntades individuales no solo son interdependientes y juegan unidas, sino que se funden en una sola y misma voluntad no habiendo, por lo tanto, ni siquiera contrato. Tres años más tarde Gierke en su libro *Deutsches Privatrecht* publicado en Leipzig, partiendo de la insuficiencia explicativa del contrato, sobre todo respecto de terceros y de los socios frente a la sociedad elabora la teoría denominada “del acto social constitutivo”, que es la culminación de la idea de Kuntze (41).

Ve en la sociedad un acto unilateral formado por la voluntad de los socios dirigida a la creación de una persona distinta de ellos. La teoría del acto colectivo fue sostenida en Alemania por Witte y en Italia por Messineo en su libro *Studii*, que afirman que esta voluntad no es única sino una voluntad pluripersonal formada por yuxtaposición e interdependencia de las voluntades singulares para la satisfacción de intereses paralelos. Es una mera suma de voluntades, diferente de la única y compleja de Gierke y no una síntesis de ellas como en el contrato (42).

Otros autores italianos, Soprano y Salandra, llegaron por esta vía a una solución mixta, aplicando la teoría del acto complejo a las relaciones de la sociedad con terceros y sosteniendo

(40) CAMBIASO, ERNESTO, "La naturaleza jurídica del contrato de sociedad", <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/35/la-naturaleza-juridica-del-contrato-de-sociedad.pdf>, p. 105.

(41) *Ibidem*, p. 104.

(42) *Ibidem*, p. 106.

el contrato para explicar el vínculo entre los socios. Es decir que la sociedad sería simultáneamente un acto bilateral contractual y uno unilateral; en palabras de Ascarelli “un acto doble: contrato y declaración colectiva unilateral hacia terceros” (43).

La investigación ha de hacerse alrededor del concepto de causa. El contrato de sociedad tiene una causa propia, típica de los contratos bilaterales y plurilaterales y que no se ve afectada por la pluralidad de sujetos. El acto colectivo, incluso como negocio obligatorio, tiene una causa (*cur debetur*), que no es la que distingue el contrato (*cur cuntrahitur*) (44).

Fadda y Bensa observan que si bien es cierto que el contrato como acto colectivo se compone de la suma de varias voluntades, falta en el segundo el vínculo de la voluntad que forma la sustancia de aquel, por ser el acto colectivo un negocio, unilateral o bilateral, consistente en la reunión o simultánea acción de varias personas para alcanzar un objetivo jurídico en relación a terceros, esto es, para dar vida frente a terceros o con terceros, a un negocio jurídico que solo puede perfeccionarse con la cooperación de varios participantes, los que no están entre sí en relación de partes, sino que todos juntos forman una sola parte (45).

En este contexto, cabe puntualizar que uno de los principios básicos del derecho de contratos es aquel según el cual las convenciones deben cumplirse como si se tratara de la ley misma. Ello no siempre fue así. La evolución del derecho romano es aleccionadora al respecto. En este sentido, debe advertirse que mientras en un comienzo y en el derecho clásico el contrato que observaba la forma legal típica era el que gozaba de fuerza obligatoria, contando más la observación de la forma que el auténtico consentimiento, luego la necesidad de amparar las convenciones, tuvieran o no esa solemne

(43) *Ibidem*, p. 107, con cita: HAURIUO, "La Théorie de l'Institution et de la Fondation, en 4^{ème} Cahier de la Nouvelle Journée", Paris, 1925; RENARD, "La Théorie de l'institution Essai d'ontologie Juridique", Paris, 1930, 1^{er} vol. partie juridique.

(44) BRUNETTI, Antonio, "Tratado del derecho de las sociedades", Ed. El Foro, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 129.

(45) *Ibidem*, p. 130.

forma, impulso al derecho pretoriano a tutelar con acciones útiles o excepciones a los *nuda pacta* (46).

De ahí hasta el advenimiento del principio de que todo acuerdo destinado a hacer surgir obligaciones, a transmitir las, a modificarlas o extinguirlas, es ley, la historia del derecho nos presenta un cuadro evolutivo que conduce al principio que luego las modernas codificaciones reciben ampliamente (47).

Si todos los contratos son incompletos, el contrato de sociedad es el contrato incompleto por excelencia. Por dos razones. En primer lugar, porque es un contrato de duración, esto es, a través del contrato de sociedad se constituye una organización que nace para permanecer en el tiempo. En segundo lugar, porque el entorno en el que se va a ejecutar el contrato es de una extraordinaria complejidad y difícilmente previsible de manera que la redacción de un contrato completo deviene una posibilidad muy poco eficiente. El resultado es que el contrato de sociedad que estructura una organización corporativa no establece reglas de comportamiento de los socios para el caso de que se produzcan supuestos de hecho determinados (48).

La respuesta contractual eficiente, en tal entorno, consiste en poner en marcha una organización, esto es, limitarse a asignar el poder para tomar decisiones a determinados sujetos (la Junta de accionistas mediante acuerdos sociales o los administradores) cuando estas vayan siendo necesarias (49).

Es por eso que el contrato de sociedad es considerado en la dogmática como un *Organisationsvertrag*: como los costes de establecer desde el comienzo una regulación completa son inasumibles, las partes se limitan a fijar la forma

(46) SPOTA, ALBERTO G., "Contratos. Instituciones de derecho civil", La Ley, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., t. I al VII, parte gral., p. 370.

(47) *Ibidem*, p. 371.

(48) ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", Revista para el Análisis del Derecho, 4/2005, InDret, Barcelona, en www.indret.com, 2005, p. 2.

(49) *Ibidem*, p. 3.

en que dicha regulación será establecida, es decir, por quién y conforme a qué procedimiento se tomarán las decisiones (gobierno de la compañía - *corporate governance*), lo que explica por qué el contenido típico de unos estatutos sociales no se refiere, en absoluto, a las actividades futuras de la sociedad, sino simplemente a la configuración de la persona jurídica y de sus órganos: la asignación de la toma de decisiones (asignación de los derechos de control sobre el patrimonio social); el derecho a retirarse de la organización (separación y exclusión y transmisión de las cuotas o partes de socio); la duración de la empresa común y su terminación; los deberes de lealtad entre los participantes; la determinación de los sujetos que se beneficiarán de los rendimientos de la empresa común y, en particular, la atribución de derechos sobre los rendimientos sociales a sujetos distintos de los propietarios (50).

El sinalagma en el contrato de sociedad presenta, naturalmente, singularidades en comparación con el contrato bilateral, que se derivan de la causa del contrato plurilateral. La singularidad se tiene, ante todo, en que a la *causa crecendi*, contenida en las particulares prestaciones de los socios, se añade una segunda, como fundamento jurídico, que consiste en la actividad de colaboración encaminada al éxito económico de la empresa (51).

En otras palabras, el fin, que es normalmente el elemento de hecho, pasa a ser causa preeminente, hasta el punto de que las prestaciones de los socios se colocan en posición subordinada y están puestas a su servicio. Las prestaciones de los socios no representan, como en el contrato sinalagmático, la forma *do ut des*, sino que van paralelamente hacia la misma finalidad (52).

Más aún, la forma cómo estas personas crean el medio común es la siguiente: concurren con sus voluntades inspirados por el fin común, las coordinan y estatifican de acuerdo con una síntesis lograda de intereses contrapuestos. Y esto no es más que un contrato entre muchas partes, un contrato plurilateral que debemos distinguir

(50) *Ibidem*.

(51) BRUNETTI, Antonio, "Tratado...", ob. cit., 130.

(52) *Ibidem*, p. 131.

del contrato de cambio en lo siguiente: mientras el objeto de los contratos de cambio puede ser un *do ut des* (53), un *do ut facias* (54) o un *facio ut des* (55).

Solo hemos vertido al plural la fórmula tradicional y, en ese plural comprendemos todas las nuevas relaciones que se presentan en la sociedad: de los socios entre sí, de ellos con la sociedad, es decir, todas las figuras que se presentarán al momento de la creación del contrato o con la acción jurídica de la persona jurídica que de él emana, relaciones que Ascarelli ve con los caracteres de la circularidad (56).

A esta altura de los hechos el "fin común de los socios" no existe más, pues ese fin parajurídico, psicológico y motivacional que tanta importancia tenía antes de la creación del contrato, pues era el que iba a determinar su creación, así como su contenido, al ser un logro, un objetivo alcanzado, desaparece como tal. Es así como un objetivo común ha hecho que los intereses contrapuestos como tales se reunieran y trataran de satisfacer en forma de sociedad intereses que siguen siendo individuales (57).

Ese medio o instrumento jurídico, organizado como persona jurídica tiene origen en un contrato plurilateral que se llama de organización y que contiene en forma mediata, *ex lege*, y en forma inmediata, un conjunto de normas que van a regir parcialmente la conducta de ciertos individuos que crean por ellas su propio sistema de emitir la voluntad común y obligarse comúnmente en y a través de la sociedad (58).

Este contrato plurilateral de organización, llamado sociedad, debe ser distinguido del llamado negocio pluripersonal, en la que hay un

negocio jurídico pluripersonal, pero y, aquí está el *quid* de la cuestión, unilateral; hay un conjunto de declaraciones de voluntad de varias personas que forman una sola parte que obran todas en una única dirección, en protección de un interés único o centro de interés (59).

Como conclusión de ello la sociedad surge mediante un contrato que se califica de *acto constitutivo*; más tarde, durante su existencia puede aquella aumentar el capital y el número de socios por medio de otros contratos que se pueden calificar de *contratos adjuntos*. Unos y otros tienen los mismos caracteres, con la diferencia que los segundos presuponen la existencia de la sociedad (60).

Así concebido el contrato de sociedad aparece como la respuesta a la necesidad de un mecanismo flexible de regulación que permita la adaptación de la relación contractual entre los socios a un entorno cambiante adoptando las decisiones conforme se vayan haciendo necesarias, a través de los acuerdos sociales correspondientes y de la actuación de los órganos, bien puede calificarse al contrato de sociedad como un mecanismo de recontractación entre las partes (61).

Al regular únicamente cómo se toman las decisiones, esto es, cómo se "rellena" el contrato social, los socios eliminan costes *ex ante*, porque no han de invertir tiempo y esfuerzo en prever y regular los posibles estados del mundo futuros en el momento en que constituyen la sociedad. Se limitan a decidir quién adoptará las decisiones correspondientes (62).

IV.1. Efectos del contrato de sociedad

El derecho romano reguló los efectos del contrato social pero no se formó el concepto general de un patrimonio social distinto del de los socios y administradores por todos o alguno de

(53) "Doy para que des". Fuente RAE, <http://dle.rae.es/?id=EApd824>.

(54) "Doy para que hagas".

(55) "Hago para que des". Fuente: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/facio-ut-des/facio-ut-des.htm>.

(56) CAMBIASO, Ernesto, "La naturaleza...", *ob. cit.*, p. 108.

(57) *Ibidem*, p. 109.

(58) ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Los problemas...", *ob. cit.*, p. 3.

(59) *Ibidem*.

(60) VIVANTE, CESARE, "Tratado de Derecho Mercantil", Ed. Reus S., versión española de la 1ª ed., (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), vol. I, II, y III, p. 31.

(61) ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Los problemas...", *ob. cit.*, p. 5.

(62) *Ibidem*, p. 6.

ellos. En la actualidad, las sociedades mercantiles son sujetos de derecho, con patrimonio propio, distinto del patrimonio de cada uno de los socios, constituido con los bienes y derechos que ellos aporten y que se acrecientan con las ganancias acumuladas en los ejercicios sociales (63).

De tal modo, la sociedad es una persona jurídica, no solo respecto a terceros, sino también respecto a los socios porque si se impidiese a la sociedad ejercitar sus propias acciones contra los socios, no podría formarse el patrimonio que debe servir de garantía a los extraños (64).

La sociedad es una relación jurídica de fuente contractual y de carácter sinalagmático, si bien se trata de un sinalagma especial que fundamenta su calificación como plurilateral frente a la bilateralidad propia del sinalagma. Por virtud del contrato de sociedad las partes contractuales que la forman (los socios o asociados) se obligan a colaborar en la promoción del fin común o social al grupo formado por todos ellos. Esta acepción de la sociedad responde a un concepto amplio y de carácter doctrinal (65).

Establecido ello, corresponde analizar sus efectos. Gran parte de la doctrina suele afirmar que la sociedad tiene un aspecto contractual y un aspecto institucional. Sin embargo, algunos autores se oponen a esta caracterización argumentando que el aspecto institucional (66) es tan solo un efecto del aspecto contractual.

(63) VIVANTE, Cesare, "Tratado...", ob. cit., p. 9.

(64) Ibidem, p. 10.

(65) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, "Derecho de sociedades", Valencia, 2010, t. I, p. 58, en igual sentido, GIRÓN TENA, José, "Derecho de sociedades", (Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias), Ed. Benal, Madrid, 1976, t. I.

(66) Entre los que afirman que se trata de una institución, cabe citar a J. OBIEDO ALBÁN, "Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano", Revista de Derecho, nro. 36, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2011, p. 262, quien entiende la tesis contractual ha empezado a ser superada para dar paso a una teoría institucional que atiende, más bien, al ente que como persona jurídica surge ya sea de un acto contractual o unipersonal. Y agrega, citando a Etcheverry: También se ha insistido que más que darle a la sociedad la naturaleza de "institución", debe ser considerada como "[...] un mecanismo, una he-

Desde esa perspectiva se prefiere pensar que el contrato de sociedad tiene una doble eficacia que le hace peculiar: a) la *eficacia obligatoria*: en tanto la sociedad es un contrato obligatorio, de él surgen derechos y obligaciones de contenido patrimonial que se incardinan perfectamente con el derecho de las obligaciones y, b) *eficacia organizativa*: en tanto, la sociedad es también un contrato de organización que unifica el grupo y le dota de capacidad para tener relaciones externas. Al igual que ocurre con la eficacia obligacional, la eficacia organizativa del contrato se perfecciona con el propio contrato (67).

El catálogo de derechos y obligaciones que de él derivan, serán analizados en la presente investigación. En tal sentido y, a dichos fines, el carácter contractual que presenta la sociedad tiene singulares implicancias que aquí interesan: precisamente el *deber de fidelidad* que, no solo atañe a los administradores, tiene fuente obligacional.

Pero, además, en el seno del derecho de sociedades, como formas o subtipos de la sociedad anónima se identifican las sociedades cotizadas o abiertas y cerradas o no cotizadas, como especies de sociedades anónimas en las que la organización social, los *conflictos de intereses* entre socios y la relación entre estos y los administradores de la sociedad, son muy diversos. La relevancia no es menor, puesto que allí es donde se hace notar la necesidad de tutelar —de modo *preferente y preventivo*—, al *interés social*.

Todo ello, sin olvidar la preponderante relevancia que tiene en este ámbito la *autonomía de la voluntad*, es decir aquel principio que confiere a la voluntad jurídica, la atribución de crear negocios jurídicos sin sobrepasar el ordenamiento coactivo, brindándonos su contenido y su eficacia jurígena. Recordemos que los presupuestos clásicos de la autonomía de la volun-

ramienta, una estructura jurídica destinada a cumplir diversos fines de naturaleza empresarial" (ETCHEVERRY, 1989, p. 153). Esta tesis resulta importante sobre todo atendiendo a aquellas sociedades del tipo unipersonal.

(67) HERRERA ESPINOZA, Jesús, "Derecho de sociedades", Revista de derecho, Nicaragua, 2014, p. 36, disponible en <https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1545/1348>.

tad, con la *libertad* y la *igualdad* jurídicas (68). Esto último será analizado más adelante.

IV.2. *Las relaciones entre los socios y el contrato social*

Como se ha observado, la sociedad nace de un contrato y, más precisamente, de una subespecie de contratos que pueden llamarse plurilaterales, las diversas peculiaridades de la constitución se concilian con el concepto fundamental de contrato (pues existe en la sociedad —dice Ascarelli (69)—, un *contraste de intereses* que el contrato tiende a resolver diversamente de lo que ocurre con el acto complejo), no obstante evidenciar la existencia de una subespecie particular: la del contrato plurilateral (cuyas características aparecen en el proceso de constitución, en la regla de que el vicio de una adhesión no vicia el contrato entero, etc.).

El señalado autor indica, además, que este contrato (y también bajo este aspecto se revela su peculiaridad), persigue la disciplina de una actividad ulterior con relación a un fin que unifica los distintos intereses de las diferentes partes; por ello tiene carácter instrumental. De este hecho resultan particularidades que finalmente se relacionan con la tutela de terceros.

Además, del contrato deriva el patrimonio separado, una persona jurídica, merced a lo cual se hace posible distinguir lo que concierne a la propia validez del contrato (y que corresponde a la teoría de la nulidad o anulabilidad de la sociedad) y a la formación del patrimonio separado (y que incumbe a la publicidad y a la teoría de la sociedad irregular). El contrato tiene en vista la constitución de una organización, la disciplina de una actividad ulterior para la consecución de un determinado fin (70).

V. El derecho de sociedades y la tecnología

El derecho de sociedades es, quizás, una de las ramas que ha recibido mayor impacto de las nuevas tecnologías. Favorecido por la pandemia SARS-CoV-2, que aceleró el proceso de tecnolo-

gización del derecho societario, encontramos diversas manifestaciones en nuestra materia.

Así, puede mencionarse la posibilidad de la celebración de las reuniones directoriales o asamblearias por medios telemáticos, garantizando así los derechos de los asociados o socios minoritarios que no pudieran desplazarse físicamente hasta el lugar de celebración de la junta o la asamblea. Ello —debe decirse—, podía antes realizarse en los términos del art. 158, ap. b, Cód. Civ. y Com., pero exclusivamente para el caso de auto convocatoria unánime.

Este sistema —además—, fue receptado por los órganos administrativos de contralor (IGJ (71), CNV (72), etc.), que establecieron los lineamientos para que aquellos actos fueran válidamente llevados a cabo para luego, llegado el caso, ser allí inscriptos.

La importancia de esta regulación —inicialmente excepcional—, se encuentra en que se acentúa en nuestro derecho societario la sustitución del criterio de la exigencia de la presencia física en las sesiones del órgano de administración y de la Asamblea por el criterio de la comunicabilidad entre los asistentes. A su vez, nada impide que aun fuera de los supuestos de Pandemia, la sociedad pueda celebrar actos a distancia, si fuere necesario.

Pero el impacto de la tecnología en nuestro ámbito ha ido mucho más allá, a tal punto de que en algunas legislaciones como es el caso de la ecuatoriana que ha recibido un importante impulso legislativo en los últimos tiempos, se esté discutiendo la posibilidad de constituir sociedades sin estatuto —así es—, sin estatuto o contrato constitutivo.

A la par de ello y —como consecuencia de los avances de la inteligencia artificial—, algunas compañías (73) en el mundo han implementa-

(68) SPOTA, Alberto, "Contratos...", ob. cit., p. 424.

(69) ASCARELLI, Tullio, "Panorama...", ob. cit., p. 93.

(70) Ibidem, p. 94.

(71) Res. gral. IGJ. 11/2020, 26/03/2020, Cita online: TR LALEY AR/LEGI/A14I.

(72) Res. gral. CNV 830, publicada en el BO el 05/04/2020.

(73) Por ej., DKV, un fondo de capital de riesgo con sede en Hong Kong tiene un algoritmo llamado Vital que tiene un asiento en su Junta Directiva y es responsable de guiar las decisiones de inversión.

do la figura del director no ejecutivo (*Non executive director, NED*) (74), al que se le asignan dos responsabilidades: i) asegurar el cumplimiento de normas, regulaciones, estándares contables, requisitos de divulgación, etc., y ii) impulsar el desempeño de la empresa: orientar la gestión y garantizar que los recursos de la empresa se desplieguen de manera eficiente y productiva.

Básicamente, el *NED* es un algoritmo que puede mantenerse al día con las discusiones de la sala de juntas, contextualizar la premisa, hacer referencia a discusiones pasadas y al contexto histórico, y proporcionar información y recomendaciones en tiempo real según sea necesario. Un papel clave de los *NED* es proporcionar juicios y consejos independientes sobre cuestiones de estrategia, visión, desempeño y estándares de conducta.

¿Significa ello que podrán automatizarse las funciones del órgano de administración? No lo creo, las responsabilidades de los *NED* en el nuevo mundo del trabajo podrían ser fundamentalmente diferentes. Se estima que, alrededor del 25% de las actividades que puedan realizar los administradores podrían ser sustituidas.

¿Qué podría significar esto para el futuro papel de los *NED*? ¿Cómo podrían dedicar el tiempo que ahora se ha liberado? ¿Podrán participar más profundamente en las tareas “más humanas” como establecer la estrategia? ¿Qué ocurrirá con los deberes de lealtad y de diligencia? Se prevé un cambio de las responsabilidades fiduciarias tradicionales a un papel más consultivo. Es probable que los *NED* pasen más tiempo como consultores internos y asesores del *CEO* y la administración. Los *NED* deberán tener una sólida comprensión de los modelos comerciales y las preferencias de los clientes, mientras que la experiencia, las redes comerciales y las conexiones de la industria y la geografía serán un bien escaso.

(74) JESUTHASAN, Ravin - GANU, Shai, "Can a Board Member's Job Be Automated?" en <https://hbr.org/2019/10/can-a-board-members-job-be-automated>, Harvard Business Review, oct, 2019 (trad. por la autora del presente trabajo).

Los *NED* también necesitarían adquirir nuevas habilidades relacionadas con la seguridad cibernética, la gobernanza de la economía de los conciertos, la ética tecnológica, la economía del comportamiento, la mejora y actualización de las habilidades de los empleados, la gestión de la reputación y la administración de una organización impulsada por un propósito.

Otra de las cuestiones que puede mencionarse dentro de los avances continuos en inteligencia artificial, automatización de procesos robóticos (*RPA*), es la tecnología de *contabilidad distribuida como blockchain* y los *contratos inteligentes* que podrían generar una forma completamente nueva para que la Asamblea ejerza sus responsabilidades.

La tecnología de contabilidad distribuida y los contratos inteligentes podrían asumir el papel de garantizar el cumplimiento de las regulaciones y los requisitos de informes. Por ej. con la tecnología de contabilidad distribuida, las cuentas de la empresa se pueden verificar instantáneamente en cualquier parte del mundo; probablemente haga que las actividades de auditoría, cumplimiento e informes de la Junta sean redundantes. Es posible que las empresas tampoco necesiten reuniones anuales de accionistas para adoptar cuentas financieras y votar resoluciones clave.

Así, los avances en tecnología pueden permitir una toma de decisiones altamente descentralizada, en la que todas las partes interesadas, ya sean accionistas, clientes, empleados, podrían ejercer sus preferencias utilizando plataformas de votación en tiempo real.

Solo logrando el equilibrio óptimo entre humanos y máquinas, los Boards pueden navegar por el futuro del trabajo. De hecho, las empresas de la nueva economía podrán implementar *NED*, aunque con un mandato diferente, desempeñando un papel diferente y con diferentes habilidades. Como dice elocuentemente un senior de *NED*, “no se puede pensar en un algoritmo para la experiencia” (75).

(75) JESUTHASAN, Ravin - GANU, Shai, "Can a Board...", ob. cit.

VI. Notas finales

Brevemente ha podido verse la evolución de la LGS a lo largo de estos cincuenta años. Ello pone en resalto el vínculo e interconexión manifiesta que presenta la LGS con tantísimas ramas del derecho. Tal relación, además, es natural y necesaria, lo que demuestra la enorme importancia que presenta el derecho societario para nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, debe decirse también que el texto actual de la LGS —aun con sus modificaciones—, necesita ser actualizado, mejorado y, por tanto, modernizado, para posibilitar mayores inversiones (lo que se traduce en mayor circulación de capitales y, por tanto, desarrollo económico), formas más flexibles de hacer negocios, adecuadas a fuerte e inevitable tecnologización del derecho que se propicia a nivel global. El derecho de sociedades es, precisamente, uno de los campos más propicios para la investigación jurídica actual, seguramente ello se deba a que a través de los entes societarios —a sus inversiones, al pago de sus tributos, a la contratación de empleados, etc.—, se brinda un gran aporte a las economías en las que ellas se desarrollen.

Su relevancia es tal que requiere de un proceso de reforma —o culminar el ya iniciado en 2019—, con el fin de adaptar las disposiciones jurídicas destinadas a las sociedades a la progresiva globalización de los mercados, facilitando con ello su creación y funcionamiento. Es que, resulta imprescindible efectuar una profunda revisión de viejos paradigmas y el establecimiento de nuevas estructuras que permitan a las sociedades disfrutar de formas más flexibles y seguras, y al mismo tiempo agilizar su establecimiento en mercados locales y exteriores de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales.

En los últimos tiempos, han sido menospreciados dos institutos fundamentales para los entes societarios. El primero es de la *libertad* (con límites), su instituto es —lógicamente la autonomía de la voluntad— tan necesaria como controlada a través del mismo ordenamiento. Nadie que conozca en profundidad nuestro ordenamiento jurídico podrá temerle, al contrario. El segundo, la *seguridad jurídica* (la estabilidad del marco legal y la efectividad de la justicia a la hora de hacer cumplir las normas son cuestiones que pueden animar o frenar a inversores locales o el ingreso de capital extranjero).

El indicado instituto debe ser garantizado de manera absoluta, incondicionada e indiscutida por nuestras autoridades, justamente, porque es la seguridad jurídica la que *genera riqueza en una Nación* al suscitar confianza entre los inversionistas. Ello la convierte en “una de las piedras angulares del desarrollo económico”.

Resulta entonces —como puede verse—, se enorme significancia la tarea que realice el legislador en materia societaria, a tal punto de establecerlo con el “gran protagonista” en palabras de Embid Irujo (76). No obstante —ha de remarcarse también—, que ese protagonismo requiere de seriedad y compromiso institucional por parte del legislador, con renuncia a cualquier conveniencia política.

Por consiguiente, aquella reforma a la LGS que necesariamente debe alcanzarse encuentra como gran desafío el de resguardar las libertades —asegurándolas—, la flexibilidad y sencillez despojadas de toda burocracia, fundado, además, en la tecnologización de esta rama y, más importante aún, la seguridad jurídica.

(76) EMDIB IRUJO, José, "Hacia un nuevo derecho de sociedades. Reflexiones desde el derecho español", <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/5044/6117>.

A cincuenta años de la ley 19.550

Evolución y desafíos del derecho societario argentino

Christian A. Taliervo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El tratamiento de los principales aspectos estructurales y la evolución de los institutos.— III. Palabras finales.

I. Introducción

Agradezco la invitación a escribir un artículo al cumplirse cincuenta años de la entrada en vigencia de la ley 19.550. Para quienes somos operadores jurídicos en esta rama del derecho, la normativa fue un conjunto lógico rico en su estructura, que permite interconectar institutos, aplicar respuestas analógicas, y en definitiva, ofrecer a través de su articulado un abanico de soluciones a la problemática de la empresa con forma societaria. Para la época de su redacción fue mucho más que solamente una recopilación de las leyes del momento; fue innovadora y creativa.

En el desarrollo del trabajo procuraré, por una parte, destacar los importantes méritos que sin dudas tiene la norma, base del desarrollo del derecho societario argentino desde 1972; pero a la vez, es también un objetivo del trabajo mostrar estructuralmente los cambios que debieron hacerse, para concluir con un panorama del estado actual de evolución y los puntos concretos de reforma que resultan ahora necesarios, y que fueron en gran parte materia de tratamiento en los proyectos de reforma habidos.

(*) Magíster en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Profesor de la materia Dinámica Societaria en la misma maestría. Director de Tesis. Profesor de la cátedra Derecho Societario en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Profesor en Especialidad en negocios inmobiliarios de Universidad del Centro (Tandil). Coautor de libros, trabajos y ponencias. Director del Grupo Interdisciplinario de Investigación en temas de empresa de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Sabido es que las normas de derecho societario, como soporte jurídico de la empresa, son o deben ser aquellas que captan la realidad del desarrollo económico y brindan la infraestructura necesaria para dar forma a la actividad empresarial. Cuando cambia la realidad debe hacerlo la normativa.

El régimen del Código de Comercio [1862, modificado en 1889 (1)], primer compendio en el que se desarrolló sistemáticamente la regulación jurídica de la empresa, necesitó prontamente el dictado de una cantidad de leyes complementarias entre las que se destacan la ley 4157 (para garantizar inversiones en sociedades anónimas), 8867 sobre sucursales de sociedades —argentinas en el extranjero y recíprocamente, de empresas extranjeras en nuestro país—, 11.388 de cooperativas, 11.645 de

(1) Destacaba RIVAROLA, Mario, "Sociedades Anónimas", MENÉNDEZ, Jesús (ed.), 1918, t. I, p. 9. "...El informe de la comisión reformadora con que fue acompañado el proyecto en agosto de 1889, al referirse a las sociedades en general declaraba que el "notable desenvolvimiento que han experimentado entre nosotros, ha indicado numerosas necesidades prácticas de legislación que nos han obligado a transformar completamente la vigente"; y respecto de las anónimas, decía que su "multiplicidad, desenvolvimiento e importancia, han crecido de tal manera en nuestro país como en el resto de las naciones civilizadas, que exigen aquí, como en aquellas, una legislación complementemente nueva...". Observará el lector, como el derecho societario no puede permanecer ajeno a los cambios de la actividad empresarial, y por lo tanto, es un error negarse a legislar institutos jurídicos que recepten y den forma al desarrollo de las empresas, a partir de los cambios de paradigma que la actividad económica —hoy globalizada y digital— impone.

1932, introduciendo en nuestro derecho las sociedades de responsabilidad limitada surgidas en Europa en la última parte del siglo XIX, entre otras.

Lo anterior llevó a una dispersión de normas, sumadas a las administrativas y las resoluciones jurisprudenciales, que dejaron al descubierto la conveniencia de unificar el régimen societario, siendo un especial baluarte para ello el Anteproyecto de ley de sociedades de Malagarriga y Aztiria de 1958, y el de la Comisión Revisora de 1963, que sirvió de base para el trabajo de la comisión integrada por los Dres. Horacio Fargosi, Gervasio Colombres, Isaac Halperín, Carlos Odriozola y Enrique Zaldívar, que presentó el proyecto de Ley de Sociedades Comerciales que se transformaría en la actual ley 19.550.

La ley fue un significativo avance que se tradujo en una notable modernización para la época. En el capítulo siguiente desarrollaré sucintamente los que considero son sus aspectos estructurales, para luego analizar la evolución de los institutos, procurando explicar —siempre desde la mirada del autor— la orientación, concepciones y naturaleza jurídica en que se sustenta, la actualidad y los desafíos futuros.

II. El tratamiento de los principales aspectos estructurales y la evolución de los institutos

Como se sostuvo en el capítulo anterior, el trabajo se centrará en analizar aspectos estructurales de la ley 19.550, y luego ver la evolución de esos mismos institutos durante estos cincuenta años, considerando cuestiones de derecho comparado, y dentro del derecho argentino las principales modificaciones acontecidas.

II.1. La personalidad jurídica societaria

II.1.a. Naturaleza jurídica

La orientación de los autores de la ley, predominante en el derecho argentino, entendió a la sociedad como un contrato plurilateral y de organización, con alguna reminiscencia de la teoría de la institución (2).

(2) La teoría de institución, tal como la definió Hau-riou ("La theorie de l'Institution et de la Foundation, Pa-

Para la explicación de este punto, y la identificación de su alcance práctico, es necesario detenemos un momento en el pensamiento de los autores del proyecto. En primer lugar, citaré las palabras de Enrique Zaldívar (3) quien a partir de la transcripción de una parte de la exposición de motivos (Sección V, párr. XII) explica cómo, por un lado, el contrato de sociedad es plurilateral y de organización, pero a la vez puede adquirir el ente una importancia superior a los propios socios: "...cuando la sociedad alcanza una determinada dimensión en razón de la importancia de su capital, la influencia económica social que ejerce por ese poder económico, que excede el interés individual de los titulares del capital... se impone la vigencia permanente del estado... el estado no debe ser indiferente a la situación que se crea por las repercusiones que tiene el cese de funcionamiento de entes que son importante fuente de trabajo, cuya interrupción produce graves fenómenos sociales..."

Por su parte, Gervasio Colombres (4), destacando la importancia de la teoría instituciona-

ris 1925) entiende a la persona jurídica como "...una idea de obra o empresa que constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social..." (ver "Curso de derecho societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, ps. 17).

(3) En "Cuadernos de derecho societario", Ed. Abeledo Perrot, vol. I, primera reimpresión, 1978, p. 15 explica que aparecen en la ley diversos institutos que eran ajenos a nuestro derecho civil y comercial y son un claro resabio de la teoría institucionalista (aquella que partiendo del derecho público consagra el predominio del interés de la comunidad sobre el interés particular de los socios) surgida en Francia a principios del siglo XX. De esta forma, destaca el autor citado que el principio de conservación de la empresa (art. 100), el régimen de intervención judicial (art. 113 y sges.); la subsistencia de la sociedad, aunque quede reducida a un solo socio ya antes de la ley 26.994 (art. 140), el régimen legal y control estatal permanente de las sociedades del art. 299. En este sentido, explica Zaldívar "...La posición institucionalista ya se ha aceptado por calificados juristas en Francia, Alemania y otros países; en el nuestro ha sido académicamente rechazada o ignorada por la doctrina clásica comercialista. Sin embargo y a pesar de ello, creemos que es una moderna concepción jurídica que también se abrirá paso entre nosotros, como lo ha hecho con una fuerza notable en el derecho europeo..." (p. 38).

(4) En "Curso de derecho societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 16 y ss.

lista, hace luego hincapié en el hecho de que para él (y para nuestra ley), la naturaleza jurídica de la sociedad exige distinguir dos aspectos: "...ellos son por un lado el negocio constitutivo, y por el otro, el sujeto de derecho que aquel determina y regula..." Con relación al primer aspecto la sociedad nace de un contrato que es "plurilateral y de organización" (5), y con relación al segundo nace la persona jurídica sociedad como un "centro de imputación de normas diferenciado". En términos de Colombres "...la normación de una titularidad específica está condicionada a una actividad humana también específica, la actividad colectiva. Cuando el hombre actúe dentro de ciertas condiciones normativas que el orden especial determina, el derecho le reconocerá una imputación diferenciada..." (6).

En otros términos, la posición de la ley en cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad se manifiesta no solamente en la exposición de motivos, sino también y principalmente, en su articulado. Los arts. 89, 90 a 92, 155, por ejemplo, solo pueden explicarse haciendo referencia al contrato plurilateral y la posibilidad de finalizar un vínculo y en cambio mantener vigente la estructura societaria. En la misma línea, el art. 16 sienta el principio de la nulidad del vínculo. Por su parte, hay otros tantos arts. cuyo contenido tienen claros rasgos institucionalistas: v.g. art. 100 (principio de conservación de la empresa), 113 y siguientes (intervención), el art. 140 (permite en la sociedad en comandita simple —antes de la regulación de la unipersonalidad— que la sociedad continúe a partir de la administración del comanditario ante la ausencia de comanditados), el art. 94 inc. 8 hoy derogado permitía la continuación de la sociedad reducida a un socio por el término de tres meses antes de disolverse, y la regulación de las sociedades sometidas a contralor estatal permanente (art. 299 y siguientes) (7).

(5) COLOMBRES, ob. cit., p. 25, con cita de Ascarelli —creador de la clasificación— y que fue luego seguido por la doctrina hasta nuestros días. Sobre el tema puede ampliarse en la obra de Colombres, ps. 25 a 27.

(6) Ob. cit., p. 29.

(7) Para una visión actual del alcance y vigencia de una teoría institucionalista en relación con el art. 299 y siguientes, y particularmente al art. 301, se recomienda la lectura del trabajo de Ayestarán, Camila: "Intervención de Vicentin SAIC. El interés público vs. la propiedad

II.1.b. Evolución y nuevas tendencias

Durante los años transcurridos se han realizado importantes aportes tanto a nivel normativo como doctrinario, y esto ha llevado a la necesidad de considerar una serie de elementos que surgen inevitablemente y producen cambios sustanciales:

- El derecho comparado (8) ha vuelto mayoritariamente a la idea de la vigencia de la sociedad como contrato, pero de un modo diferente.

privada", publicado en "La revista Argentina de Derecho Societario", Ed. II, ed. nro. 26, 2021; y del trabajo de AICEGA, Ma. Valentina "¿El concurso preventivo como medio para la reestructuración empresarial o imprescindible intervención estatal?, LA LEY 29/06/2020, que dedica un capítulo final al análisis de los aspectos societarios del art. 301 y ccdd.

(8) Análizo este tema y los puntos en común que contienen los diferentes derechos comparados en el trabajo "El derecho societario actual. La nueva realidad empresarial y los instrumentos para su organización", RDCO, 305-49; cita online: TR LALEY AR/DOC/3670/2020, donde refiero que a partir de la década del 90 "...a) El derecho europeo previó en las diferentes jurisdicciones nacionales estructuras más flexibles, la tendencia a la desregulación y nuevos tipos sociales con preponderancia de la libertad contractual. ... las Sociedades por Acciones Simplificadas en el derecho francés... el derecho societario italiano realizó una importante modificación de las sociedades de responsabilidad limitada... el derecho alemán reguló las pequeñas sociedades por acciones... el derecho inglés la Limited Company. También existen regulaciones y normativa comunitaria. b) En el derecho estadounidense la LLC contiene un amplio margen a la libertad contractual, y la regulación puntual de algunos estados como Delaware, así como los fallos de sus tribunales, muestran avances de suma importancia...c) En América Latina la evolución se ha estructurado principalmente a través de la introducción de las Sociedades por Acciones Simplificadas del derecho colombiano y la posterior recepción por otros países, entre ellos el nuestro con la ley 27.349. Con anterioridad a la legislación argentina, en el año 2007 Chile introdujo una modificación importante en su Sociedad por Acciones (SpA) admitiendo la autonomía de la voluntad como pauta rectora, y la aplicación supletoria de las normas de sociedades por acciones cerradas en lo no previsto por las partes. México legisló las Sociedades por acciones simplificadas en 2016 (dec. 145). Guatemala por su parte, sancionó en 2018 el dec. 20/2018 (Ley de Fortalecimiento al Emprendimiento), incluyendo un nuevo tipo de sociedad, la Sociedad de Emprendimiento (SE). Uruguay legisló en 2019 la "Ley de Emprendedurismo", conteniendo a la Sociedad por acciones simplificadas como un nuevo tipo dentro de dicha normativa..."

La regulación del derecho europeo y estadounidense desde la década de 1990 ha dado preeminencia a la autonomía de la voluntad como eje del sistema jurídico societario. Esta tendencia fue seguida en nuestro continente a partir de la influencia del derecho colombiano, y la figura de Francisco Reyes Villamizar.

- En el derecho francés, a modo de ejemplo, Jean Pailluseau (9) comentaba respecto del debate que se había dado al momento de modificar el derecho societario en 1994 —en que surge la SAS como aquella “sociedad contrato”—: “...parece deseable permitir a los socios elegir las reglas relativas a la organización interna de la sociedad, esa libertad encuentra naturalmente sus límites desde que están en juego los intereses de los que tienen relaciones comerciales con la sociedad, o de los que, aun asociados a uno u otro título a la empresa común, no participan en su dirección efectiva... Debe ser claro, además, que el aumento de las posibilidades ofrecidas a los fundadores no podría conducir a la desaparición de la estructura mínima inherente a la noción de sociedad. En esos límites, el principio debería ser el de la subsidiariedad de la norma legal”.

- En nuestro derecho, Balbín (10) graficó este momento al sostener: “El derecho mercantil en general y el societario en particular, resultan ser disciplinas que deben propender el arreglo de las normas a una realidad económica viva y en constante renovación, por lo que no resulta fundado rechazar los intentos de reajuste tipológico —o la creación de tipos inéditos— que acompañen la evolución de los negocios y sus formas, ni vivir ello como un factor de desarmonía que impida la tarea interpretativa de los alcances de las nuevas sociedades de capital...”.

- En el derecho español, Alfaro (11) sostiene que la persona jurídica es un patrimonio orga-

nizado o autónomo, dotado de administración (agencia). Es este fenómeno el que permite a varios individuos “actuar unificadamente” en el tráfico. “...Es decir, que la personalidad jurídica es la institución que permite la unificación de los grupos de individuos como sujetos participantes en el tráfico...” (12). Esta posición busca explícitamente desvirtuar la idea de la persona jurídica como persona colectiva, a la vez que sirve para dar explicación al fenómeno de la unipersonalidad, no abarcada por la idea de contrato plurilateral y de organización.

- Por su parte, en el derecho estadounidense se ha desarrollado la teoría de la sociedad como *nexus of contracts*, que “...propone explicar la función económica esencial que cumple la compañía como un centro de imputación de derechos y obligaciones, en lugar de concebirla y justificarla como un ente jurídico...” (13). Este es un cambio fundamental en el análisis de la naturaleza jurídica de la sociedad, que lógicamente, tiene importantes consecuencias prácticas.

De esta forma, se concibe a la sociedad como un centro en el que convergen infinidad de relaciones, intereses, vínculos obligacionales; v.gr. los de los propios socios, administradores, personal, proveedores, bancos, el propio estado en sus diferentes roles e incluso la propia comunidad en que la empresa actúa. El sujeto societario, más que un ente, real o ficticio, es ese “nodo” en que confluyen derechos y obligaciones, contratos explícitos e implícitos.

“...La teoría del nexo contractual procura justificar el derecho societario como un sistema de pautas legales o contractuales mínimas que permiten alcanzar un punto óptimo de equilibrio, de manera que los derechos de todos sean suficientemente salvaguardados...” Lo anterior implica, que en su formulación y análisis serán fundamentales los denominados “costos

24 de octubre de 2019.

(12) ALFARO, Jesús, ob. cit.

(13) REYES Villamizar, Francisco, “Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada”, Ed. Legis, Colombia, 2006, p. 17.

(9) “La modernización del derecho de sociedades comerciales - Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales”, LA LEY, 1997-E, 1408, Cita Online: AR/DOC/20193/2001.

(10) BALBÍN, Sebastián, “Sociedad por acciones simplificada”, Ed. Catedra Universitaria, 2ª ed. aumentada y corregida, punto 4.2.1.4, p. 23, punto 2.

(11) ALFARO, Jesús “Personalidad jurídica y sociedad”, fuente www.almacenderecho.org, publicado el

de transacción" (14) y "costos de agencia" (15), ambos aspectos relevantes en el ámbito de la organización y en el económico.

- Para cerrar el tema, como lo sostiene Reyes Villamizar (16), "...tal vez el debate contemporáneo no se refiera tanto a si la personalidad jurídica de la sociedad corresponde a una ficción, a una realidad, a una institución jurídica o a un simple contrato, sino más bien a la medida en que los atributos mencionados tienen aplicación práctica. En todo caso, las doctrinas contemporáneas tienden a restarle valor a tales concepciones teóricas para considerar a la sociedad como un simple esquema jurídico de organización empresarial..."

- Más allá de la evolución y diferente tratamiento que se da a la naturaleza jurídica de la sociedad en el derecho comparado, y sin que ello deba implicar que necesariamente nuestro ordenamiento deba cambiar, es claro que los años transcurridos y doctrinas reseñadas son la respuesta a interrogantes no resueltos o insuficientemente contestados por teorías o posiciones anteriores.

II.2. El principio de tipicidad

II.2.a. El principio de tipicidad en la ley 19.550

La noción de contrato plurilateral de organización fue complementada con el principio de tipicidad. Es decir, la ley regula una cantidad de notas características de cada forma de sociedad considerándolos elementos esenciales del contrato y, por lo tanto, su ausencia acarrea una inevitable nulidad.

(14) En términos generales, los "costos de transacción" están referidos a las ventajas y reducción de costos que la sociedad tendrá a partir de su organización —comparado a un empresario individual, a la ausencia de organización y entre las variantes societarias—, bajo esta denominación se alude a las expensas en que habrá de incurrirse para celebrar contratos y realizar actividades de negocios.

(15) Los "costos de agencia" están referidos a los problemas de organización, conflictos y beneficios a partir del funcionamiento de la administración/gestión del ente.

(16) REYES VILLAMIZAR, Francisco "Derecho Societario", Ed. Temis, Colombia, 2020, 4ª ed., t. I, ps. 146/7.

De esta forma, el legislador de 1972 fue muy claro al establecer en el art. 1º: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la ley..." y luego completar el concepto en el art. 17 (hoy derogado, como se verá más adelante) al normar: "Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley..."

Coherente con la concepción de personalidad jurídica societaria descrita en el punto anterior, el origen contractual del ente no implicaba la ausencia de cantidad de normas imperativas (17), tanto en la parte general como en la especial, en este último caso, a partir de la vigencia del principio de tipicidad. La tipicidad brinda entonces seguridad jurídica a quien contrata con la sociedad, y certeza a los socios a la hora de invertir.

Independientemente de lo anterior, el principio está ligado a una concepción rígida, donde la realidad de la empresa debe estar abarcada por las normas y estructuras invariables pre-

(17) DUPRAT, Diego en un excelente trabajo de 2013 "La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales" LA LEY 2013-F, 1043, expresa la importancia de las normas imperativas en la estructura de nuestra ley al explicar: "...Al igual que en los demás países de tradición continental europea, nuestro derecho societario está impregnado de una alta cuota de imperatividad, que se aprecia, además, en cierto paternalismo estatal, a través de la actividad agencias regulatorias (IGJ, CNV, etc.) y en las habituales restricciones que el poder judicial adopta frente a las cláusulas no estándar...". Sin embargo, el autor para nada comparte esta solución, al punto que sostiene "...Este imperativismo objetivo (que surge de la ley societaria) y subjetivo (patente en la consideración de los operadores jurídicos de cómo debe ser y aplicarse el derecho societario) descuida varios aspectos del sistema societario: 1. Que la sociedad es un contrato. 2. Que la sociedad tiene como objetivo el cumplimiento de los fines que se propusieron las partes (prioritariamente) y la maximización de los beneficios sociales (en forma complementaria). 3. Que la estructura contractual societaria es sólo un modo de economizar costos de transacción. 4. Que las regulaciones societarias deficientes también afectan el rendimiento económico de las sociedades e impactan, por ende, en la economía general y en los intereses de los sujetos vinculados a la actividad societaria. 5. Que las estipulaciones contractuales de la sociedad cerrada afectan principalmente a los socios... 8. Que el enfoque institucionalista, de donde se deriva la predominancia de las normas de carácter imperativo, prescinde de la naturaleza económica del fenómeno societario e ignora los efectos de las fuerzas del mercado sobre ella".

dispuestas por el legislador. Los hechos han demostrado que el empresario recurre a acuerdos de accionistas, contratos complementarios y otros elementos de origen contractual para dar forma a las necesidades advertidas, y los diferentes grados o alcances de exigibilidad de los instrumentos perjudican la seguridad que se buscaba proteger.

II.2.b. Las nuevas tendencias

Por las mismas razones apuntadas en el capítulo anterior, el principio se encuentra en una etapa de profunda revisión a nivel global, produciéndose un paulatino alejamiento. En este sentido, Montalenti **(18)** publicó en 2015 el trabajo “Las nuevas formas organizativas de la actividad económica: el derecho societario ‘de tipos a modelos’”, trabajo en el que explica el debilitamiento del principio de tipicidad y el camino legislativo que da preponderancia a la autonomía de la voluntad al permitir la creación de contratos de sociedad que respondan a la forma de organización interna que los socios requieran para su empresa. El autor, con cita de Vivante explica que en el derecho societario del siglo XX las sociedades se identificaban por su estructura típica que establecían diferentes formas de organización según la responsabilidad de sus socios y la estabilidad de su capital, pero que “...el mundo ha cambiado... con la aparición —*in primis*— de nuevas formas organizativas de la actividad económica (de la simple sociedad inmobiliaria a la simple sociedad-*holding* de participación, de las sociedades consorciadas a grupos de sociedades, de redes comerciales a sociedades profesionales, a los varios tipos de ‘sociedades legales’), posteriormente con el texto único de finanzas y la reforma del derecho societario y finalmente, con la desestructuración y ‘pluri-modulación’ en ‘subtipos’ de la SRL en la legislación sucesiva, el principio de tipicidad puede decirse, está ciertamente muy debilitado en nuestro ordenamiento jurídico, con fuertes similitudes, con otros sistemas europeos: con una formula sintética podría decirse que el sistema societario ha pasado de ‘tipos a modelos’...”

(18) Catedrático de la Universidad de Turín, y cuya influencia ha trascendido las fronteras de su país.

II.2.c. Evolución en el derecho argentino

i. En el derecho argentino también se han producido cambios a partir de las modificaciones introducidas por la ley 26.994, principalmente en el art. 17. En efecto, el texto actual del artículo refiere: “...Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”. El texto anterior normaba que era nula la constitución de sociedades atípicas.

Es decir, por un lado, se mantiene el art. 1° en cuanto exige como requisito para la existencia de la sociedad a la forma típica, pero por otro se quita la sanción de nulidad del art. 17. En otras palabras, hay sociedades que no tienen forma típica y no por ello dejan de ser tales. En el mismo sentido, Zunino **(19)** sostuvo “...En suma, la tipicidad no puede ser requisito para la ‘existencia’ de la sociedad en un régimen que, precisamente, ha eliminado la nulidad como efecto de la atipicidad. En consecuencia, no es un recaudo que pueda integrar el concepto genérico de sociedad en el nuevo orden de la ley 19.550. Su mantenimiento en los términos del art. 1° constituye un evidente error material que hace a la ley autocontradictoria...”

ii. La flexibilidad de la ley 27.349. Un paso más allá en importancia es el dado por la ley 27.349 que legisla a las SAS. Manóvil **(20)**, explicando el nuevo tipo social sostuvo: “...El art. 33 de la ley 27.349 crea, entonces, la Sociedad por Acciones Simplificada, como un nuevo tipo societario y con un régimen propio por fuera de la Ley General de Sociedades, pero con dos remisiones importantes a esta: la supletoria aplicación de las normas de esta última ‘en cuanto se concilien con las de esta ley’, y la más específica pero también supletoria remisión a las normas de funcionamiento establecidas para la sociedad de responsabilidad limitada y a ‘las disposicio-

(19) ZUNINO, Jorge Osvaldo, “La simple sociedad”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 14.

(20) MANÓVIL, Rafael M. “La SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, LA LEY 29/05/2019, LA LEY 2019-C, 823 - RDCO 298, 1187.

nes generales de la Ley General de Sociedades' (art. 49)..."

La SAS regula en nuestro derecho ese cambio paradigmático que expresan Montalenti en el derecho italiano seguido por Embid Irujo (21) en España, y que supone que la tendencia es la flexibilidad y preeminencia de la autonomía la voluntad alejándose de las formas rígidas que buscan encorsetar la empresa a una forma predeterminada. Es que las modernas tendencias ponen el centro en las necesidades del empresario y a partir de ellas brindan un ámbito a la autonomía de la voluntad que se convierte en eje del sistema —sin descuidar los legítimos intereses que confluyen en la estructura societaria—. Balbín (22) sintetizó el cambio en más de una oportunidad al sostener, por ejemplo: "...la falta de rigidez propia de los tipos societaria tradicionales que caracteriza a la SAS, lleva a colegir que nos encontramos frente a una nueva especie de sujeto, más flexible que sus predecesores, que escapa a los estándares ordinarios —por tanto, a la normativa previa— y que hace que sea más acertado hablar de tipología que de tipicidad..."

II.2.d. El tratamiento en proyectos de reforma

El Proyecto de reforma de la Comisión Federal de 1993 decía en el art. 1º: "Habrà sociedad cuando dos o más personas en forma organizada, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas". Es decir, ya este proyecto se

(21) EMBID IRUJO, José Miguel, "Fragmentos de Derecho de Sociedades", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, ps. 28 a 30.

(22) BALBÍN, ob. cit., p. 27. Por su parte, no puede dejar de expresarse que importante doctrina rechaza estos cambios y el nuevo paradigma que se introduce a partir de ellos. En este sentido, Nissen sostiene "...si se comparte mi opinión de que la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas al derecho societario nacional fue un artificio para poner en circulación a las sociedades off shore —de las cuales las SAFI uruguayas fueron en Argentina su mayor exponente— aprovechando su inserción en una ley cuya aprobación y objetivos no podía despertar la menor objeción para la comunidad...". Puede ampliarse consultando la obra del autor "La sociedad por acciones simplificada (SAS)", Ed. FIDAS, 2018, p. 21.

alejaba del principio de tipicidad, eliminándolo de la definición del artículo primero.

El Proyecto de 2019 (23), sin embargo, sostuvo una posición intermedia, dando lugar al principio de tipicidad, pero no exigiendo la exclusiva constitución de sociedades típicas. Expresa en su art. 1º: "...Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o regidas por la Sección IV de este Capítulo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas..."

II.3. El abuso en la utilización de la personalidad jurídica

II.3.a. Ley 19.550

La ley 19.550 no contenía el actual art. 54 tercer párr., que fue introducido por la ley 22.903. Ello en modo alguno suponía que los prestigiosos autores de la ley no consideraran el instituto de la inoponibilidad. Por el contrario, Zaldívar (24) destaca que "...a) la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica tiene categoría de principio ... b) consideramos que cabe hablar de desestimación cuando, en razón de las circunstancias concretas y específicas del caso, se deja de lado, por vía de decisión jurisdiccional, la diversidad entre personas societaria y socios..." (25).

Durante la vigencia de la ley originaria el fundamento se extraía a partir de la redacción del art. 2º en cuanto refiere que "...la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta

(23) En adelante, cuando mencione el Proyecto de 2019 haré alusión al elaborado por la comisión integrada por los Dres. Manóvil, Rovira, Ragazzi, Rivera, Calcaterra y Liendo, y la secretaria de la comisión, Liuba Lencova.

(24) ZALDÍVAR y otros, ob. cit., p. 162.

(25) En sentido similar, identificando al instituto como un paliativo ante hechos que suponen un mal uso del recurso técnico lo plantea Colombres en 1972, ob. cit., ps. 39 a 54. Aunque el autor lo hace a partir del desarrollo del instituto del "disregard of legal entity del derecho inglés", y la obra del alemán Rolf Serik "Realidad y apariencia en sociedades mercantiles", para concluir que es erróneo hablar de penetración de la personalidad y preferir el término "redhibición de personalidad".

ley...”, y acudiendo en apoyo para su adecuada fundamentación el instituto del abuso de derecho (por entonces art. 1071 del Cód. Civil, hoy art. 10 Cód. Civ. y Com.). En efecto, la exposición de motivos, refiriéndose al art. 2° expresa que la norma permite “...una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también, de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación...”

La interpretación admisible del art. 2° permitía una variedad de soluciones para casos en que la persona jurídica se construía en fraude a la ley (26), o mediante simulación, pero también para aquellos otros en que se producían situaciones de abuso en las relaciones de control, referidos al accionar de los grupos societarios.

Juan Carlos Palmero (miembro pleno de la Comisión) en su participación en el V Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Huerta Grande de 1992 sostuvo que cuando se redactó el tercer apartado del art. 54 LSC “uno de los problemas más preocupantes era el de lograr una buena regulación de la responsabilidad de los grupos societarios” ya que, “en aquel momento, se discutía si la mera circunstancia de existir un grupo importaba la extensión del pasivo”.

Siempre según Palmero, los integrantes de la Comisión reformadora consideraban “...que no podía darse tal extensión automática y que la

(26) Particularmente relevante para la posterior introducción de un tercer párrafo fue el fallo CNCiv., Sala A, “Astesiano, Mónica y otra c. Gianina Soc. en Comandita por acciones”, 27/02/1978, LA LEY, 1978-B, 195. En este caso se desarrollan con solidez los argumentos que permiten resolver el fraude a la legítima que se produjo cuando el causante creó una sociedad en comandita por acciones para volcar ahí sus bienes, dejando fuera de la participación a sus nietos nacidos de un hijo premuerto. Se sostuvo “...La personalidad societaria no es una realidad sustancial, sino de orden y dicho orden consagra una unidad, no sustancial sino accidental, de modo que la personalidad societaria en cuanto centro de imputación normativa es ineficaz para servir de sostén a una exclusión de herederos legítimos. En consecuencia, no se debe, en tales supuestos, tener a la sociedad como nula, sino que cabe utilizar la fórmula “como no escrito” de la ley para disponer la inoponibilidad del ente societario, ante la subversión de la vocación hereditaria...”.

figura básica (se entiende: para habilitar la acción versus los controlantes por los daños ocasionados a través de la sociedad a los terceros) debía ser la del abuso de derecho, de raigambre nacional”.

II.3.b. Ley 22.903

Butty (27) —miembro de la comisión que proyectó la ley 22.903—, destacaba que el art. 2° permitía resolver toda cuestión de inoponibilidad sin necesidad de recurrir al actual art. 54 *ter*. Pero a la vez, sabía que el sentido de legislar específicamente el instituto traería certezas que permitirían delinear la figura, despejar dudas y en definitiva favorecer a la mayor realización de los principios de seguridad jurídica y justicia.

La ley 22.903 legisló el instituto en la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el art. 54 *ter*. El texto introducido expresa: “...Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

El gran mérito de la ley 22.903 respecto del instituto fue dejar en claro que la existencia de grupos de sociedades no genera por su sola existencia la responsabilidad de la controlante por las deudas de la controlada (arg. arts. 33 y 54 *ter*), a la vez que dio lugar al desarrollo doctrinario y jurisprudencial del instituto, que a la fecha no se encuentra concluido.

(27) Enrique M. Butty, en sus clases en la Universidad Austral —en la Maestría de Derecho Empresario— sostenía que la redacción del art. 54 *ter* de la que él había participado, era simplemente una explicitación de lo ya sostenido por el art. 2. Y que podía llegarse a cualquier solución jurisprudencial de la problemática a partir de la redacción originaria de la ley. Ciertamente es que a la fecha de sanción de la ley 22.903 y del trabajo previo de la comisión era importante el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en torno al instituto, pero no menos lo es el hecho que se encontró una redacción prolija, completa y clara que ha sido fundamental para llegar al grado de evolución actual.

II.3.c. Ley 26.994

Esta ley incluyó en el art. 144 del Cód. Civ. y Com. una redacción muy similar a la del 54 *ter*, reafirmando por un lado la vigencia del instituto, y por el otro, permitiendo una clara utilización del principio en materia de personalidad jurídica a otras personas no societarias.

II.3.d. Aspectos controvertidos

Los aspectos aún controvertidos se presentan en relación con la utilización del instituto en diversas ramas del derecho como puede ser el derecho laboral, a partir de jurisprudencia de los tribunales inferiores que permitían la declaración de inoponibilidad ante la "actuación" societaria de tomar un empleado sin registrar, lo cual fue luego descartado por fallos de la CSJN entendiéndose que no alcanza una mera actuación para que cobre vigencia el instituto. Nissen, Gulminelli entre otros, sostuvieron que la redacción del art. 54 *ter* no requiere que se haya creado una sociedad para cometer fraudes —fallo "Astesiano", por ejemplo—, bastando con que exista una actuación societaria para que pueda aplicarse el instituto. En este sentido, en un trabajo del año 2016 destaca Gulminelli (28): "...Hasta octubre del año 2014, la jurisprudencia de la Corte —a partir del sonado caso 'Palomeque'— sentenciado en el año 2003— reflejaba un criterio casi excluyente respecto a los recaudos exigibles para aplicar la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica. Esta rígida posición, contradecía a la doctrina y a la jurisprudencia societarias. No fue un dato menor que la Suprema Corte Bonaerense haya seguido los lineamientos receptados por la Corte Suprema de la Nación. El 30 de octubre de 2014, la Corte Suprema sostuvo una diferente formulación en los autos caratulados Asociación de Superficiales de la Patagonia c. YPF S.A. y otros s/ daño ambien-

(28) GULMINELLI, Ricardo L., "La inoponibilidad de la personalidad jurídica", LA LEY 24/05/2016, 1 - LA LEY, 2016-C, 987. Se recomienda la lectura del artículo para ampliar respecto del estado actual del instituto, sumando a la lectura el reciente trabajo de MANÓVIL, Rafael M. "Inoponibilidad de la personalidad jurídica", LA LEY 01/02/2022. Este trabajo es particularmente relevante porque da una mirada actual sobre el ya excelente desarrollo del mismo autor en su libro "Grupos de sociedades en el Derecho Comparado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

tal. Es nuestro propósito, demostrar que todo ha cambiado y que se ha vuelto a la buena doctrina..." (29).

Otro aspecto interesante, es que la evolución ha llegado a la certeza que el instituto se debe aplicar a partir de las mismas bases conceptuales en las diferentes ramas del derecho. De esta forma, hoy se admite que son los mismos principios los que permiten hablar de inoponibilidad de la personalidad jurídica (arts. 33 y 54 *ter*), la responsabilidad del grupo en materia laboral (art. 31 LCT), y del instituto de la extensión de la quiebra en materia concursal (arts. 172 LCQ que sienta el principio de la no responsabilidad de las sociedades de un grupo deudas de otras y art. 161 LCQ que plantea los supuestos de extensión de la quiebra por la utilización abusiva del recurso técnico).

II.4. El interés social

II.4.a. Noción

La noción de interés social, enunciada en diversos artículos de la ley, base para la resolución de importantes casos jurisprudenciales (30),

(29) En sentido similar, aun cuando haciendo hincapié en el art. 144 Cód. Civ. y Com., MARTORELL, Ernesto, "La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad", LA LEY 26/11/2014, expresa: "...4.- Si nos remitimos al nuevo texto legal objeto de comentario, y a la destacada aceptación de la "Teoría de la inoponibilidad" como principio general", no cabe sino concluir que no ha caído "en saco roto" la prédica de años de un significativo sector de la doctrina mercantil que integro y de civilistas como Guillermo Borda que, alarmados por el hecho de que las posturas "restrictivas" y/o "denegatorias" del "disregard" no solo no han evitado daños ni abusos de minorías, sino que terminaron por causar más daño que el que habría producido un "mal uso" del instituto en cuestión, venían bregando hace décadas por el cambio del criterio interpretativo, que ahora aparece consagrado por la nueva normativa que comento...".

(30) SCHNEIDER, Lorena, ob. cit., sintetiza los principales fallos jurisprudenciales en relación al tema, en los siguientes términos "...en el fallo "Carabassa c. Canale", se entendió que "la noción de interés social puede interpretarse como el interés objetivo común a los socios conforme al fin social"; En "Pérez c. Transportes del Tejar" se fijó el criterio de que "la voluntad social declarada por la mayoría debe ser estimada como expresión del interés social, es decir, adoptada en miras a satisfacer el beneficio común, que consiste en la consecución del fin

elemento esencial del conflicto societario y materia de discusión entre los autores (31), no ha tenido, sin embargo, un tratamiento sistemático por parte del legislador de 1972.

Es posible que esta omisión en parte pueda deberse al pensamiento de Colombres (32),

de la sociedad". Se sostuvo en la sentencia recaída en "Cattaneo Ismerio c. Cattaneo y Cía. SA" que "en caso de conflicto entre el interés particular (el del socio que se considera damnificado) y el general o colectivo (el de la sociedad), habrá que estarse a favor de este último" (recordemos que la misma sala, con posterioridad, en "Abrecht", reconoció la dificultad de dar una noción unitaria de interés social). En el caso "NL SA c. Bull Argentina SA y otro", la Cámara hizo suyo el criterio del juez Garibotto, en el sentido de que "el interés social es el que decida la mayoría". Sin embargo, debe descartarse que no se opuso observación alguna al tribunal de primera instancia, el cual en dicha oportunidad agregó que "el interés social puede ser definido como el interés perseguido por la sociedad según su objeto social, al cual ciertamente han de subordinarse todos los accionistas". En contra de este último criterio, un tribunal rosarino dispuso en "Baglione A. c. Santa Clara SA" que "si el interés societario debe predominar sobre el individual del accionista, no es lícito identificar interés social con interés de la mayoría, pues ambos pueden no coincidir"...".

(31) Se cita a continuación los principales trabajos de la doctrina nacional sobre el tema para que pueda ser ampliado por quienes tengan interés. ANAYA, Jaime, "La consistencia del interés social", AAVV Anomalías societarias, Homenaje a Héctor Cámara, Córdoba 1992, p. 222. DE ROIMISER, Mónica G. C., "El interés social en la sociedad anónima", Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 2 y 3. COLOMBRES, Gervasio R., "Curso de derecho societario. Parte general", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972 p. 96. DOBSON, Juan Ignacio, "El interés social como protección del objeto social", Suplemento Especial de Revista Jurídica Argentina La Ley, diciembre 2004, e Interés societario p. 62, Astrea, Buenos Aires 2010. SCHNEIDER, Lorena R., "El interés social: esencia básica del conflicto societario", publicado el 16 de julio de 2013 en Microjuris (MJ-DOC-6356-AR | MJD6356); BOTTERI, José David - COSTE, Diego, "El derecho de separación del socio. En el Código Civil y Comercial de la Nación", Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 61/62. ZALDIVAR, Enrique, "Filosofía y principios de nuestra ley de sociedades comerciales", LA LEY 1975-D, 558, quién define al interés social como "el beneficio de los socios y de la sociedad en su conjunto, a los fines del cumplimiento del objeto y con prescindencia del interés particular de los mismos". VILLANUEVA, Julia "El interés contrario en el derecho societario", ED, 14/05/2019. MOLINA SANDOVAL, Carlos, "El difícil contorno del interés social", publicado en 2001 en ED.

(32) COLOMBRES, Gervasio, "Curso...", ob. cit., p. 103.

quien luego de un detallado análisis concluyó "...imputabilidad diferenciada e interés pertenecen a dos estirpes jurídicas no asimilables. La imputabilidad de segundo grado es uno de los datos normativos que configuran el negocio societario. El llamado 'interés social' no integra este rango, porque pertenece —a pesar de la intención de los que ven en él un dato objetivo— a la categoría de lo que es susceptible de apreciación subjetiva, de lo que el derecho generalmente prescinde en la formulación de sus esquemas. El concepto de interés corresponde al ámbito obligacional general como el motivo determinante a la psicología. Resumiendo lo expuesto, cabe concluir que el 'interés social' es ontológicamente ajeno a la normativa societaria. Esta se resume en cuanto hace a la actividad social, en el nombre, en el objeto y en el organismo..."

Más allá de la importante opinión citada, la ley si contiene referencias claras en diversos artículos al instituto y estos han servido para importantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales citados en las notas 30 y 31, a saber: 197 (la posibilidad de tratar asambleariamente la suspensión del derecho de suscripción preferente requiere de la existencia de un interés de la sociedad), 248 (el accionista con interés contrario al de la sociedad debe abstenerse de votar), 271, 272, 273 (la conducta del director con interés contrario al de la sociedad, y en general su pauta de actuación), y otras indirectas que suponen la referencia al interés social (54 ter, 251, 250, entre otros).

II.4.b. Evolución

No correspondiendo al objeto de este trabajo profundizar en la discusión relativa al interés social, sino plantear la manera en que fue receptado por la ley 19.550, la evolución del instituto y los proyectos de reforma, en este punto —con el auxilio de prestigiosa doctrina— haré referencia a la evolución del instituto desde el dictado de la ley, para centrarme luego en el tratamiento que recibe en el Proyecto de Reforma de 2019.

Villanueva (33) explica que "...el principio mayoritario... tiene un límite: ninguna mayoría, por más elevada que fuera, podría válidamente

(33) VILLANUEVA, ob. cit., p. 1.

postergar el interés social implícito en la finalidad común en la que tal causa consiste, cual es la de obtener beneficios y compartirlos. Tan importante es ese 'interés social', entonces, que sirve nada más ni nada menos que para eso, esto es, para determinar si la estructura creada para 'hacer andar' a la sociedad se ha ajustado o no al contrato del cual emana y a cuya finalidad debe servir...". Por lo tanto, el interés social importará que el criterio del legislador al sentar el principio mayoritario fue crear una pauta de organización que implica que normalmente el voto de la mayoría estará en consonancia con el interés común de todos, pero por otro, será a la vez el límite de la actuación de la mayoría, que deberá respetarlo.

Manóvil (34), profundizando en el concepto, enseña que en la sociedad hay un riesgo común y, consecuentemente, un destino común. Como corolario, porque aquel riesgo depende de la gestión también común del patrimonio formado por los aportes de todos los socios, existe un interés común. De esta forma, el interés social es un concepto objetivo y una pauta de conducta a respetar. La noción es fundamental para poder a su vez fijar una pauta de actuación que permita adoptar un criterio normativo —que a esta fecha no existe— relativo al interés del grupo económico. Sobre este punto, es interesante lo propuesto por el Proyecto de ley de sociedades de 2019, que trataré en el punto siguiente.

II.4.c. Proyecto de 2019

El Proyecto de 2019 es el que mejor soluciona la problemática del interés del grupo al crear una remisión del art. 248 al 54 *bis*, en el que textualmente dice: "...Art. 54 *bis*. - Política grupal. En la ejecución de una política empresaria en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal durante un plazo razonable, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada. Las resoluciones que se adopten y los votos que se emitan privilegiando el interés grupal deben ser fundados y, si su relevancia lo justifica, analíticamente motivadas y expresar precisas indicaciones sobre los funda-

mentos y los intereses cuya valoración inciden en la decisión o el voto. A condición de que se cumplan los requisitos indicados, el controlante no tiene obligación de abstenerse en las respectivas resoluciones".

La noción de interés social es sustancial al igual que la consideración del concepto de interés del grupo, así ha quedado demostrado a través de los años transcurridos.

II.5. El sistema de responsabilidad del administrador societario

II.5.a. Ley 19.550

A continuación, explicaré la manera en que el legislador regula el funcionamiento, competencia y responsabilidad de los administradores, siguiendo como en los casos anteriores las palabras y pensamiento de alguno de los autores de nuestra ley. Colombres, expresa que las teorías de la ficción y de la realidad fueron superadas por el desarrollo de Kelsen en "Teoría General del derecho y del Estado", quien demuestra que el término persona es propio del derecho y que la "persona física" como la "persona jurídica" son siempre construcciones normativas.

Con relación a la persona jurídica, el término —según el citado autor— hace alusión a "...la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, generando un punto en común de imputación de aquellos actos humanos determinados por el mismo orden". En otros términos, el derecho reconoce personalidad jurídica diferenciada a la actividad colectiva del hombre, bajo ciertas reglas.

Es lógico, entonces, que se hable de la expresión "personas colectivas", como el mismo Colombres hace en su obra, y que se describa como "orgánica" la actuación de diversos individuos en el marco de la competencia prevista en el orden jurídico que regula un tipo social y la persona jurídica en particular (estatuto). La formación de la voluntad de las sociedades depende de la organización conforme a un orden normativo, lo cual permite que el resultado de los actos de sus miembros se impute a la persona jurídica sociedad por haber actuado sus órganos dentro del ámbito de su competencia.

(34) En "Grupos...", ob. cit., ps. 570, 571 y ss.

Destaca el autor que “...el órgano es aquella estructura normativa que determina cuando y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo o la de varios serán imputados en sus efectos a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial”.

Este razonamiento es el que surge de nuestra ley 19.550 y que ha permitido explicar de manera satisfactoria el funcionamiento interno de las sociedades, la distribución de competencias funcionales en administración, representación, gobierno y fiscalización. A su vez, coherente con el actuar orgánico y funcional la responsabilidad también se legisla como perteneciente a un cuerpo colegiado y, por lo tanto, se reparte de manera solidaria e ilimitada entre sus miembros.

En términos sencillos, nuestro legislador concibió al administrador societario como un órgano de un cuerpo colectivo, quien actuando dentro de la competencia establecida por la ley (art. 58, 274 y concordantes LGS) obliga regularmente a la sociedad. Su actuación, a la vez, debe realizarse con lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios (art. 59 LGS), y en el supuesto de actuar en infracción a estas reglas deberá responder de forma solidaria e ilimitada con los demás administradores.

Dos cosas deben decirse respecto de lo anterior. Por una parte, mucho se ha evolucionado respecto a si la responsabilidad legislada en la ley societaria es un sistema en sí mismo al que no resultan aplicables las normas generales de responsabilidad del Cód. Civ. y Com. (35), y res-

(35) GULMINELLI, Ricardo, "...Es frecuente observar como algunos juristas dejan entrever que piensan que el derecho de las sociedades es una materia cuasi-desconectada del ordenamiento jurídico (aunque no se lo expresa a veces con total claridad) invocando los originales principios en que se basa y la seguridad jurídica. Esto puede resultar comprensible en principio, pero frente a las nuevas corrientes jurisprudenciales, generadas específicamente a partir de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1799), reformatoria del Cód. Civil, cabe admitir que todo ha cambiado. No reconocer esta realidad, sería absurdo y tarde o temprano el que se niegue a aceptarla, será superado por ella...". "Régimen de responsabilidad de los funcionarios de las sociedades comerciales (necesidad de flexibilizarlo considerando las características de cada caso particular)". LA LEY, 1986-E, 967, y en Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, 265.

pecto de la conducta que debe exigirse al administrador societario. Por otra, en otros sistemas se ve la relación del administrador como “fiduciaria” y no “orgánica.” Explicaré brevemente ambos temas en los puntos siguientes.

II.5.b. Solidaridad o actuación individual

Las leyes 22.903 y 26.994, y el proyecto de reforma 2019. La ley 22.903 introdujo una importante modificación al régimen aun cuando limitado al ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada. El legislador modificó el art. 157 permitiéndole al juez alejarse del principio de responsabilidad solidaria (tradicional en la materia), y autorizando que “[...] si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal...”.

El mentado “quiebre de la solidaridad” no es más que aplicar los conceptos y normas del derecho común al régimen societario, de forma que ante un hecho concreto que determine responsabilidad pueda el juez decir quien debe responder y quien no, y dentro los responsables en qué medida lo hará cada uno. Esto es a su vez conforme lo que establecían los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil (actuales 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com.).

La ley 26.994 dio un paso más en el mismo sentido, al legislar sobre personas jurídicas en general e incluir una importante norma de coordinación en el art. 150 Cód. Civ. y Com. (36), que termina por demostrar que en nuestro sistema jurídico el derecho societario es un “micro-

(36) Art. 150 Cód. Civ. y Com.: “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, por este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencias; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por la de este título”, para luego concluir señalando que “las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades”. No cabe ninguna duda entonces que el sistema de responsabilidad no puede circunscribirse a las normas de la ley general de sociedades, sino que deben resultar de aplicación las del Cód. Civ. y Com. dentro del marco de coordinación que acabamos de transcribir.

sistema” que no puede permanecer al margen o aislado del sistema general.

En definitiva, más allá de la actual redacción del art. 59 y 274, que mantienen la forma originaria, es evidente que el régimen de responsabilidad del administrador societario no puede hoy ser analizado en abstracto, ni aplicar a rajatabla la regla de la solidaridad, por las modificaciones habidas en el sistema general a partir de la ley 17.711 y 26.994, y en materia societaria por ley 22.903.

Reflejo de la reflexión anterior es la manera en que está contemplado en el Proyecto de Reforma 2019: “...Art. 59 *quater*. Responsabilidad. Los administradores o representantes que por culpa o dolo incumplieren sus obligaciones o violaren las prohibiciones impuestas por la ley, el contrato social o el estatuto serán responsables, por los daños y perjuicios que tuvieren causalidad adecuada con su acción u omisión. Su responsabilidad no es objetiva en ningún ámbito, ni son garantes de las obligaciones sociales. La atribución de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación personal de cada administrador o representante en el hecho dañoso y es solidaria entre los que sean declarados responsables...”

II.5.c. La conducta exigible. Evolución del concepto

Siempre ha quedado claro que el administrador societario debe cumplir con el estándar de conducta de un experto, que teniendo conocimientos específicos asume una responsabilidad propia de quien tiene un mayor deber de conocer. Ello no implica que existiera o exista actualmente acuerdo sobre con que grado de exigencia deberán analizarse sus actos y cuál será la responsabilidad consecuente.

En este sentido, del parámetro del “buen hombre de negocios” analizado como un resabio basado en la culpa en abstracto, que adquiere responsabilidad solidaria por tratarse de la actuación de un cuerpo colegiado (art. 274) a poder analizar la actuación que tuvo el director, graduar su responsabilidad en base al hecho concreto y a las circunstancias del tiempo y lugar en que se desarrollaron los acontecimientos, existe una diferencia abismal (arg. arts. 150, 1724 y 1725 Cód. Civ. y Com.).

Un paso más es el conocido en el derecho estadounidense como *business judgment rule*, porque según esta doctrina la labor de los administradores generará responsabilidad cuando se hubieren alejado en su actuación de prácticas de razonabilidad en la toma de decisiones. En los Principles of Corporate Governance ALI (37) la sección 4.01(c), se establece que los administradores cumplen cabalmente con su deber de diligencia siempre que sus decisiones empresariales (*business judgment*) sean adoptadas de buena fe y bajo el cumplimiento de las siguientes condiciones: i) que no medie un interés personal del administrador en la decisión; ii) que haya sido adoptada con información suficiente; iii) que racionalmente se pueda considerar que actuó conforme a los mejores intereses de la sociedad.

Legislaciones europeas introdujeron el concepto, en la certeza que ninguna otra conducta será exigible a quien administra un patrimonio ajeno. En particular, la regla de discrecionalidad mencionada se sustenta en la exigencia de:

- Actuar racional: la diligencia exige acreditar que se ha actuado de manera racional, y que esto pueda explicarse. Es decir, el administrador no puede actuar de manera impulsiva, sin analizar las consecuencias de sus decisiones.

- Actuar de buena fe: jurisprudencialmente se ha entendido como un requisito de aplicación de esta regla. Se trata de un principio general de derecho para nuestro ordenamiento, que en el precedente estadounidense como un “pacto implícito” y que moldea la actuación del administrador acorde al interés social, sin conflicto de intereses, y sin transgredir su deber de lealtad.

- Informarse adecuadamente: esta pauta exige que el administrador, con carácter previo a adoptar la decisión y actuar verifique la información disponible y recabe los datos propios de aquello en que está actuando.

(37) "Principles of Corporate Governance" es una publicación de "The American Law Institute", reimpressa en 2008, suplementado anualmente y cuyo volumen 1 parte 4 está dedicado a "Part. 4. Duty of care and the business Judgment rule".

El funcionamiento de la regla fue claramente expresado en nuestro derecho por Schneider (38): "...De esa manera, la regla indicada hará presumir que un administrador ha actuado de manera discrecional y, por tanto, los jueces no deberán intervenir a posteriori sobre la operación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones no hubieren sido acertadas, lo que supone o la vuelve una norma de tutela de la actuación discrecional de los administradores..."

Contrariamente, en caso de no verificarse los elementos que permiten la aplicación de la regla el juez deberá analizar la sustancia de la decisión adoptada, y el administrador tendrá que probar que su obrar fue acorde a derecho. Se discute en doctrina sobre si esta regla resulta actualmente aplicable en nuestro derecho (39).

El Proyecto de Reforma del año 2019 introdujo la regla de discrecionalidad en los siguientes términos: "...Art. 59 *quinquies*.- Responsabilidad por el resultado de los negocios. Los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar la información disponible sobre la materia objeto de la respectiva resolución..."

En mi opinión, es una propuesta correcta, que despeja toda duda sobre el campo de responsabilidad del administrador societario, a quien no es dable exigirle un deber de resultado (actual art. 1723 Cód. Civ. y Com.), sino una diligencia como quien tiene un mayor deber de conocer. Por lo tanto, actuando de buena fe y con leal-

tad, dentro de un marco de razonabilidad dado por el análisis de la información disponible, no puede luego pretenderse responsabilizar al administrador si el negocio en concreto no brinda las ganancias pretendidas. No se trata de aliviar su responsabilidad para su beneficio personal, sino de llevarla a un punto justo, donde no se responsabilice por un actuar diligente cuando el resultado no es el esperado.

II.5.d. Órgano societario o titular de deberes fiduciarios

No es necesario explicar las claras ventajas que supuso la teoría del órgano por sobre la teoría del mandato, y cuya adopción debemos a la ley 17.711 al modificar la parte general del Cód. Civil.

Sin embargo, no es esta la única forma de analizar el vínculo del administrador societario con la sociedad. En 1951, explicaba Ponferrada (40) que en numerosas sentencias de las cortes de Estados Unidos se entendía al director de una corporación como un *trustee*, o sea, una persona investida de un trust, alguien a quien se encomienda la administración de ciertos bienes en provecho de otros. Y que el "...vocablo inglés *trustee* tiene su mejor traducción en el término fiduciario, pues las raíces de ambos sugieren lo mismo: confianza..."

El mismo autor explica que la mutación progresiva de los negocios ha impuesto que los deberes fiduciarios de los directores se proyecten sobre la compañía, los accionistas y los terceros. Esta posición fue con los años ampliada por autores de la talla de Easterbrook y Fischel, quienes al delinear a la sociedad como un *nexus of contracts* encuentran que la sociedad resume en su esencia una serie de contratos o acuerdos implícitos que involucran relaciones con los socios, bonistas, administradores, proveedores, empleados, clientes, etc.

Por su parte, más recientemente, Alfaro sostiene que la persona jurídica es un Patrimonio organizado o autónomo, dotado de administración (agencia). Es este fenómeno el que permite

(38) SCHNEIDER, Lorena R., "La tutela de la discrecionalidad empresarial. Su inclusión por el proyecto de reformas a la ley general de sociedades", SJA 17/06/2020, 93 - JA 2020-II. También es interesante consultar sobre el tema el trabajo de ABDALA, Martín, "Régimen de Responsabilidad de los administradores en el derecho alemán", año 2009, pudiendo consultarse online en "Régimen de Responsabilidad de los administradores en el derecho alemán", año 2009, pudiendo consultarse online en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100004.

(39) Sobre tema puede consultarse mi trabajo TALIERCIO, Christian A., "Responsabilidad del administrador societario", Doctrina Societaria y Concursal, Errepar (DSCE), diciembre 2020, Cita digital: EOLDC102551A.

(40) PONFERRADA, Luis, "La Dirección de las sociedades anónimas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 20.

a varios individuos “actuar unificadamente” en el tráfico. “Es decir, que la personalidad jurídica es la institución que permite la unificación de los grupos de individuos como sujetos participantes en el tráfico...” Decir que la persona jurídica es un patrimonio importa tanto como tener por superada la posición que la ubica como una persona colectiva. En mi opinión, las palabras de Alfaro llevan necesariamente a replantear todo el funcionamiento interno del ente, y redefinir conceptos y roles.

Tal como lo sostiene Alfaro, el que “produce actos” es el designado en el contrato social o negocio jurídico fundacional para vincular el patrimonio, y no estrictamente un órgano porque no existe tal sujeto colectivo que esté integrado por órganos.

Sin perjuicio de lo anterior, debo decir que la doctrina nacional no se ha manifestado a favor de abandonar la concepción orgánica de la actuación del administrador, aun cuando si existe una fuerte impronta proveniente del derecho comparado que hace que cada vez se lea más autores haciendo alusión a los “deberes fiduciarios” en lugar de “la actuación orgánica”.

La concepción de la actuación fiduciaria permite en la práctica analizar con más naturalidad la responsabilidad que pueda asumir el administrador societario respecto de terceros por su actuación, porque al ubicarlo fuera del ente que administra (como depositario de la confianza de los socios) entonces no puede ya sostenerse que su responsabilidad solo opere en el ámbito interno, sino que comprende el de todos los intereses que confluyen en la sociedad por diferentes razones (41). Este es otro aspecto en que

(41) PAULISSEAU, Jean, ob. cit. punto II. b. 13. “...¿En interés de quién la sociedad existe?... Nunca se ha dudado de que la sociedad existe porque ella ha sido creada por los socios y de que debe ser administrada en su interés. De todos modos —y, sea que se hable de empresa o de sociedad, nada cambia y el problema es idéntico—, es evidente que el nacimiento, la existencia y la actividad de la empresa (la persecución de su objeto social) hacen nacer numerosos intereses. Además del de los socios (cuyas categorías pueden ser muy heterogéneas), está el de los terceros, el de los acreedores, el de los dirigentes no socios, el de su personal, etc. Ahora bien, esos intereses pueden ser puestos en peligro por los socios o por los dirigentes de

nuestra ley no contiene mayormente normas que regulen con certeza la interacción del régimen societario con terceros, generándose muchas veces incertidumbres que suelen recibir pronunciamientos contradictorios.

II.6. Unipersonalidad

II.6.a. Ley 19.550

Los autores de la ley eran contrarios a aceptar la vigencia de sociedades unipersonales, tanto al momento de su constitución como en el supuesto de aquellas devenidas en unipersonales por reducción a uno del número de socios (según expresión del art. 94 inc. 8 derogado por ley 26.994).

Puede leerse las palabras de Colombres (42) “...persona jurídica será entonces la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos... implica un sustrato que consiste en su estructura colectiva... no puede haber sociedad sin las normas que disciplinen su orden jurídico especial referidas a la actuación de, por lo menos, dos individuos humanos en contrato asociativo...”

Sin embargo, y a pesar de las palabras de un importante miembro de la comisión que redactó la actual ley 19.550, en nuestro derecho se contempló en la misma época la existencia de personas jurídicas constituidas a partir de la voluntad unipersonal, incluso *mortis causae*. En efecto, la actualmente derogada ley 19.836 establecía: “...Art. 1° - Las fundaciones a que se refiere el art. 33 del Cód. Civil son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas...”

la sociedad. El problema es importante sobre todo en las sociedades en las cuales la responsabilidad de los socios está limitada a sus aportes y los acreedores sólo tienen por prenda común el activo social. La cuestión consiste, entonces, en saber si la protección de esos intereses debe o no debe ser organizada por el legislador (es un problema de voluntad política). Luego, si el legislador es favorable a esa protección, conviene determinar las modalidades y los medios técnicos (es un problema técnico de ejecución)...”

(42) COLOMBRES, Gervasio, ob. cit., ps. 33, 34 y 35.

II.6.b. Leyes 26.994 y 27.290

Formalmente, el art. 1° LGS modificado por ley 26.994 permitió por primera vez en nuestro derecho la constitución de sociedades unipersonales, aun cuando lo limitó a la forma societaria de sociedad anónima.

Sintéticamente, el régimen legal instrumentado tiene las siguientes características:

a) No es un tipo social independiente, sino que es una sociedad anónima que posee un régimen con características propias a partir de la unipersonalidad, pasando a designarse como SAU (sociedad anónima unipersonal).

b) Una SAU no puede constituir otra SAU.

c) Está sometida a contralor estatal permanente por el art. 299.

d) A diferencia de las demás sociedades abarcadas por el 299 el directorio y la sindicatura no necesita ser plural (según ley 27.290).

e) Debe constituirse por instrumento público y guardar la forma típica de SA.f) El capital social debe integrarse totalmente en acto constitutivo, alejándose del sistema de aportes permitido por el art. 53 para la SA.

Lamentablemente, quedando sometidas al contralor estatal permanente, a pesar del esfuerzo de la ley 27.290, tienen un reducido campo de utilización.

II.6.c. Ley 27.349

En cambio, la ley 27.349 (aun cuando se encuentra en un plexo normativo independiente, al que solo le resultan aplicables las normas de la ley 19.550. "...Supletoriamente... en cuanto se concilien con las de esta ley..." (43), según reza

(43) Sobre el debate con relación a la aplicabilidad de las normas de la parte general de la ley 19.550 en materia de SAS se recomienda la lectura de la siguiente bibliografía: HADAD, Lisandro, "Incorporación de la cláusula de no aplicación de la Ley General de Sociedades para la organización interna de la SAS", ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho societario y X Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, t. II del libro de ponencias, p. 995 y ss. El autor sostiene que "...los socios pueden pactar expresamente la no apli-

su art. 33) sí crea en la SAS un tipo social que admite la unipersonalidad desde el acto constitutivo y que no se encuentra sometida al contralor estatal permanente.

cación y la consecuente autonomía de la voluntad de la LACE y del contrato social... evitando de este modo la aparición de costos transaccionales posteriores y el riesgo de aplicación de una ley que no quieren que los regule...". DUPRAT, Diego, "Sociedad por acciones simplificada (SAS)", publicado en LA LEY el 21/04/2017, y en la recopilación de tomos en LA LEY, 2017-B, 979. Expone el autor la importancia de la autonomía de la voluntad y establece el orden de prelación normativa que corresponde aplicar a la SAS. PÉREZ HUALDE, Fernando, llega incluso a afirmar que "...Así, observamos que no encuadra la realidad de la SAS en el concepto de sociedad del art. 1° LGS, en la mayoría de los pretendidos límites del art. 13, LGS (cláusulas leoninas), o incluso en el concepto de capital que desarrolla la Ley General de Sociedades (que persiste en la idea de utilizarlo como patrón de medida de solvencia alguna)...". "Nacimiento y desarrollo de la empresa, incluso, despegando ya claramente a la sociedad de la empresa. La sociedad como ropaje jurídico de la empresa. Tendencias legislativas", Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina, 8, mayo 2020, 21/05/2020. Cita: IJ-CMXVI-396. RAGAZZI, Guillermo expresa que "...El art. 33, en cuanto dispone que la SAS es un tipo social 'con el alcance y características de esta ley', comprende la creación de las SAS conforme a las pautas de los arts. 35 y 36. Por lo tanto, las normas de la LGS serán de aplicación de manera supletoria a las normas imperativas de la LACE y a las disposiciones del acto constitutivo". RAMÍREZ, Alejandro, "SAS", Ed. Astrea, 2019, p. 93. MANÓVIL, Rafael, "Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades", LA LEY 29/05/2019 - LA LEY 2019-C, 823. VILLANUEVA, Julia, "La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad", LA LEY, 2018-F, criterio reiterado en sus ponencias obrante el t. II del XIV Congreso Argentino de Derecho societario y X Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. En contra de la opinión preponderante: NISEN, Ricardo en los considerados de la resolución General 9/2020 de IGJ. Se aclara que la resolución fue cautelarmente en el proceso "5026/2020, incidente 1 "ASEA - Asociación de Emprendedores Argentinos asociación civil y ots. c. Inspección General de Justicia", proceso en el que con fecha 16 de septiembre 2020 se dispuso en primera instancia la medida cautelar de suspensión precautoria de las Resoluciones Generales 5/2020, 9/2020, 17/2020, 20/2020, 22/2020 y 23/2020, por parte del Juez Robledo; y que posteriormente, mediante resolución de fecha 24 de Septiembre 2020 dispuesta por la sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal se decidió la competencia Contencioso Administrativa Federal y la nulidad de la cautelar mencionada. Se trata de un tema de rigurosa actualizada que no tiene una resolución definitiva en este momento. En similar sentido MARTORELL, Ernesto y DELLELIS, Marisa, "Análisis del proyecto de reformas de las SAS", Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, T. XXXII septiembre de 2020, entre otros.

II.6.d. Unipersonalidad sobreviniente

Fuera de los casos anteriores, adquieren mayor complejidad los supuestos de unipersonalidad sobreviniente, es decir, aquellos en que la sociedad originariamente constituida con dos socios deviene por alguna circunstancia en “unipersonal”.

Es que como es conocido, el art. 1° del Anteproyecto legislaba la constitución de sociedades unipersonales sin la limitación actual a la SAU. Pero el Proyecto modifica el art. 1° (tal como se explicó *ut supra* al hacer referencia a la SAU) sin hacerlo con el 94 *bis* (44), generando una laguna jurídica con relación a la SRL y Sociedad Colectiva devenidas en unipersonales.

Las soluciones posibles son cuatro: a) a dichas sociedades se les aplica la misma normativa de las sociedades con dos socios previstas específicamente en el 94 *bis* y se transforman de pleno derecho en SAU; b) quedan regidas por las normas de las sociedades de la Sección IV del capítulo I; c) se disuelven (a pesar de que el 94 *bis* expresamente sostiene lo contrario). Pensamiento de Nissen; d) continúan como sociedades devenidas unipersonales del tipo social que sean (SRL o Sociedad Colectiva). Pensamiento de Manóvil (45).

II.6.e. Proyectos de reforma

Si bien la unipersonalidad había sido ya receptada en proyectos de reforma, es el Proyecto de 2019 el que directamente admite la creación de sociedades unipersonales de cualquier tipo, excepto aquellas que requieran dos categorías de socios como elemento típico. La redacción que se da al art. 1° es la siguiente: “...Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o regidas por la Sección IV de este Capítulo

(44) Art. 94 bis LGS “...La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres [3] meses”.

(45) MANÓVIL, Rafael M., “Las sociedades devenidas unipersonales”, Thomson Reuters, RCCyC, octubre de 2015, p. 37 y ss. Cita online: TR LALEY AR/DOC/3342/2015

lo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, estos deben ser dos [2] o más...”

II.7. El régimen de las sociedades abiertas

En nuestro derecho societario, al momento del dictado de la ley 19.550 estaba vigente la ley 17.811 sobre “Comisión Nacional de Valores. Oferta pública de valores”, pero no contenía una regulación de sociedades cotizantes.

La ley 19.550 sí contiene una regulación normativa de sociedades cotizantes en el art. 299 y siguientes, pero no es completa. A esta normativa se suman normas dispersas en el articulado de la ley, a saber: que el directorio debe ser plural en número impar (art. 255), lo mismo el órgano de fiscalización, salvo las sociedades Pymes reglamentadas por la Comisión Nacional de Valores [284]; la publicación de edictos para concurrir a asambleas en un diario de circulación nacional, además de que debe hacerse en el diario de publicaciones legales (art. 237); la prohibición de convocatorias simultáneas para asambleas en primera y segunda convocatoria (art. 237); la fijación de la prima de emisión por asamblea ordinaria (art. 202); la prohibición de emitir nuevas acciones de voto múltiple una vez que sus acciones cotizan en el mercado de valores —puede mantener las que tenga— (art. 216).

El dec. 677 de mayo de 2001 sobre “Régimen de transparencia de oferta pública” sí contenía normas de carácter societario aplicables a las sociedades cotizantes. Actualmente, este régimen está profundizado y ampliado en la “Ley de Mercado de Capitales” (26.831, modificada por ley 27.440) que contiene una serie de normas aplicables a las sociedades abiertas, y que conforme lo establece el propio articulado en su art. 59, “[...]son aplicables a las entidades emisoras comprendidas en el régimen de la oferta pública, las disposiciones contenidas en el presente capítulo en forma complementaria a las normas aplicables según la forma jurídica adoptada por dichas sociedades...” En este sentido, de manera complementaria, existe una ley que crea un régimen parcialmente distinto al de la ley general.

II.8. Otros cambios operados y desafíos pendientes

En los puntos anteriores procuré analizar de manera sintética y con claridad los principales aspectos de la estructura normativa de la ley 19.550 y su evolución. Para completar el trabajo deben al menos mencionarse otra cantidad de cambios operados en el plano doctrinario, normativo y de derecho comparado. Sin embargo, en razón del objeto y extensión del trabajo he optado por solamente mencionarlos y hacer un muy breve comentario de cada uno de ellos.

II.8.a. Responsabilidad penal empresaria (ley 27.401)

El 01/04/2018 entró en vigencia la ley 27.401, que regula la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, buscando crear un marco adecuado regular penalmente la actuación ilícita que se concrete en el actuar de una sociedad o bien a través de su utilización.

El criterio predominante y legislado hasta entonces dejaba a la sociedad exenta de responsabilidad penal por la actuación de sus socios o administradores, entendiendo que la persona humana es la única que podía delinquir. El gran cambio operado implica que la persona jurídica puede tener responsabilidad penal en el caso que su organización no arbitre los medios necesarios para controlar internamente el funcionamiento y actuación de sus miembros, o que el delito se hubiere hecho "...con su intervención, en su nombre, interés o beneficio..." (del art. 2º de la ley).

Cabe mencionar que la ley responde a una necesidad que complementa el cuadro de responsabilidad societario, aun cuando está circunscripto solo a una limitada cantidad de delitos. En efecto, el art. 1º establece: "...Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 *bis* del Cód. Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del Cód. Penal; c) Concusión, prevista por el

art. 268 del Cód. Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 [1] y [2] del Cód. Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 *bis* del Cód. Penal".

II.8.b. Responsabilidad social empresaria

Conforme lo destaca Reyes Villamizar (46), "...desde la década de los setenta se ha dado un debate académico acerca del propósito mismo para el cual se crean las compañías..." y este debate comprende por un lado maximización de beneficios para los socios como única finalidad, o la responsabilidad social empresaria. Esta última posición, que ante la falta de normas de derecho internacional que contengan el actuar empresario y el daño medioambiental que una actividad industrial puede causar ha sido receptado en diversas normativas y con altos grados de exigencias a las sociedades, y es una cuestión a continuar desarrollando en el derecho argentino.

II.8.c. La causa fin del contrato

En los últimos treinta años también ha cobrado gran importancia la idea que la sociedad como estructura no necesariamente debe tener como única causa fin la búsqueda de lucro. En efecto, si bien es cierto que la sociedad normalmente persigue la búsqueda de ganancias que se materializan en la posterior percepción de dividendos entre los socios, no lo es menos que si una moderna concepción del derecho societario centra su interés en la comunidad de riesgos como causa fin, los actuales arts. 1º y 13 podrían no ser normas imperativas, sino disponibles por las partes (47). En este sentido, Embid Iru-

(46) REYES VILLAMIZAR, Francisco, "Derecho societario", Ed. Temis, 2020, 4ª ed., t. I, ps. 855 a 877.

(47) MANÓVIL, Rafael comentando el art. 1 LGS concluía: "...Ese dato causal puede ser definido como el de la comunidad de riesgos, que es el elemento que distingue a la sociedad de cualquier otro contrato, en particular de los contratos asociativos. Aunque estos últimos tengan una finalidad común, en el sentido de un propósito compartido en contraste con una oposición de intereses y prestaciones, como en los contratos bilaterales, les falta el elemento del riesgo común al que están sujetos todos los socios de una sociedad. Dato determinante este, para predicar la objetiva existencia de un interés que también les es común. Ese objetivo interés común es el de que las

jo (48) explicando los cambios que vienen dándose en el derecho europeo comenta el nuevo “Código Belga de las Sociedades y las Asociaciones” de marzo de 2019 para hacer saber que las estructuras de personas jurídicas disponibles dejan un amplio margen a la autonomía de la voluntad, permitiendo, por ejemplo, “...asociar el propósito lucrativo con otras finalidades, por lo común ajenas a la explotación económica de que es titular la sociedad...” En similar sentido se encuentra la denominada “Public Benefit Corporation” legislada por la Delaware Corporation Law en 2013 [361-368] que combina el propósito lucrativo con la finalidad de beneficio público, procurando en una misma estructura contemplar los intereses de los socios en la maximización de beneficios con la satisfacción de intereses públicos según hayan sido previstos en el acto constitutivo (pudiendo ser estos muy variados, v.gr. culturales, de caridad, artísticos, científicos, ambientales, religiosos, entre otros).

II.8.d. Las sociedades BIC

En el derecho colombiano surgieron las denominadas sociedades BIC (en beneficio e interés colectivo), no como un nuevo tipo social sino como una modalidad organizativa específica que pueden adoptar sociedades de cualquier tipo. Es decir, y conforme lo destaca Embid Irujo, “...sería, por su propia naturaleza, una institución abocada a la satisfacción de fines de interés general, insertos en su objeto social en aparente pie de igualdad con la realización de actividades económicas de finalidad lucrativa en beneficio directo de sus socios integrantes...” (49).

Sin dudas que los fines benéficos insertos en el objeto social, bajo alguna de las modalidades precedentes o con matices propios son actualmente deseables por razones medioambien-

decisiones que se adoptan en la vida de la sociedad, en especial en la conducción de los negocios sociales, estén dirigidas de buena fe a que el resultado de ese riesgo corrido en común se traduzca en beneficios y no en pérdidas...” (La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades”; MANÓVIL, Rafael M., LA LEY 29/05/2019, 1 - LA LEY, 2019-C, 823 - RDCCO 298, 1187).

(48) EMBID IRUJO, José Miguel, “Fragmentos de Derecho de Sociedades”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, ps. 260/1.

(49) EMBID IRUJO, José Miguel, ob. cit., p. 137.

tales y en general, de bien común. No se han incorporado hasta la fecha modificaciones en tal sentido en nuestro derecho societario.

II.8.e. Regulación de los pactos de socios

Existieron propuestas doctrinarias y en proyectos de reforma sobre la inclusión de los pactos de socios dentro de la normativa, lo cual podría tener alguna importancia frente a fallos históricos que negaron su vigencia (50). Sin embargo, la posición preponderante entiende que rigiéndose estos pactos por las normas de los contratos no es necesario regularlos específicamente, quedando entonces abarcados por la normativa general en la material y la autonomía de la voluntad. En este sentido, la nota de elevación de la comisión del Proyecto 2019 expresó: “...13. La Comisión reanalizó la propuesta del Proyecto de 2005 de incorporar una regulación de los pactos parasociales, pero llegó a la conclusión de que la normativa sobre contratos asociativos en el Cód. Civ. y Com. brinda amplio campo a la autonomía de la voluntad en el marco del derecho de los contratos, que es suficiente para que las partes puedan configurar esa clase de acuerdo...” (51).

II.8.f. Normas sobre conflictos societarios

Nuestra ley de sociedades no contiene normas que permitan trabajar de manera sistemática el conflicto societario. El legislador de 1972 priorizó el principio de conservación de la empresa (art. 100), y fue riguroso a la hora de permitir que un accionista pueda receder de la sociedad. El art. 245 perjudicaba el ejercicio del derecho recesso al fijar el valor de la parte del recedente en el último balance confeccionado. La ley 22.903 modificó esta exigencia disponiendo

(50) Fallo CNCom., Sala C, “Sánchez Carlos c. Banco de Avellaneda SA”, 22/09/1982. Sobre el tema léase interesante artículo de MATA Y TREJO, Guillermo, “Un fallo trascendente sobre la validez de los sindicatos de accionistas de Sociedades Anónimas”, LA LEY, 1983-B, 247. Se recomienda también leer para tener un panorama completo del tema el libro de ROVIRA, Alfredo, “Pactos de Socios”, Ed. Astrea, 206, Buenos Aires, especialmente p. 260 y ss.; y el trabajo de SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, “Sindicatos de voto en las sociedades comerciales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 292 y ss.

(51) Extraído de la Nota que acompaña proyecto de reforma de 2019.

que el valor de reembolso se fijará "...conforme al último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias..." Sin embargo, en ambos casos no se contempla el pago del valor al recedente conforme al valor de su participación (como si lo hace el art. 92 inc. 1 para el caso de exclusión del socio) (52).

Por otra parte, no se legisla el derecho de retiro del socio como causal de resolución parcial (53), no hay normas sobre arbitraje societario, y en general, las soluciones legales parten de la teoría de la institución.

Lógicamente que sí existen soluciones que fueron gestándose a instancias de propuestas doctrinarias y la experiencia profesional y que en muchas oportunidades pueden ser la llave a la resolución de conflictos en el ámbito de la empresa: Entre otros la elaboración de Protocolos de familia en las sociedades cerradas; la realización de Acuerdos de Socios que tengan como finalidad prevenir o disponer la manera de resolver conflictos societarios; la inclusión de cláusulas específicas en los estatutos sociales, que prevean la rápida solución de conflictos, o los medios para alcanzarla de modo eficiente (lo que, más allá de su escueta observancia práctica, se halla permitido, a partir de la norma genérica del art. 89 LGS).

II.8.g. Objeto y capital social

Estos conceptos también tuvieron desde el dictado de la ley una importante evolución a nivel global, que tienen en nuestro derecho una clara aplicación en materia de SAS. La ley 27.349 establece reglas distintas a las legisladas en la ley 19.550. El capital social que se utiliza en la SAS para delimitar los derechos y obligaciones de los socios respecto de la sociedad, en tanto no sea esta regla contradicha por alguna cláusula

(52) Para ampliar sobre el tema se recomienda la lectura de ESPARZA, Gustavo y TALIERCIO, Christian, "Acción de nulidad de balance", Ed. Legis, 2013, p. 65 y ss.

(53) Sobre el tema véase ponencia de RACIATTI, Hernán, "Debe regularse la posibilidad de retiro del socio como alternativa de resolución de conflictos en la sociedad anónima cerrada", IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa, San Miguel de Tucumán, 2004, publicado en www.repositorio.uade.edu.ar.

la contractual en otro sentido; pero pierde toda importancia económica o como parámetro para medir la posibilidad de cumplimiento del objeto social, al igual que deja de tener relevancia en su clásica función de garantía. Por su parte, el objeto social puede ser amplio, al punto que la propia ley lo enuncia en los siguientes términos "...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...". Esta técnica facilita la utilización de la figura societaria guiada por el interés común de los socios, y permite la vigencia del principio de autonomía de la voluntad y flexibilidad de las formas societarias.

II.8.h. Contratos asociativos

Frente la rigidez de las normas imperativas de la ley de sociedades, los contratos asociativos introducidos como excepción a la prohibición del art. 30 LSC representaron un ámbito para la creación y desarrollo de estructuras de negocios. Zaldívar, Manóvil, Ragazzi (54) escribieron en 1989 "...en las legislaciones fiscales de los países más adelantados, donde se tiende a facilitar y alentar la formación y actividad de las coempresas como importante factor de desarrollo económico ... los llamados *joint venture* o *joint adventure* deben considerarse como soluciones de carácter económico para ciertos casos de la problemática mercantil, ya que en nuestro medio al menos, no son figuras jurídicas..."

En la ley 19.550 no estaban legislados. La ley 22.903 legisló la UTE (Unión Transitoria de Empresas) y la ACE (Agrupaciones de Colaboración Empresarial) permitiendo que estos contratos puedan hacerse saltando la prohibición de contratación del art. 30. La ley 24.005 creó un nuevo tipo de contrato asociativo: los Consorcios de Cooperación. Finalmente, la ley 26.994 los quitó de la Ley General de Sociedades legislando a partir del art. 1440 y ss. del Cód. Civ. y Com. una parte general, las Uniones Transitorias, las Agrupaciones de Colaboración, los Consorcios de Cooperación, y agregando los Negocios en Participación (anteriormente legislado como sociedad de personas, sin personalidad diferenciada).

(54) "Contratos de colaboración empresarial", Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., 1993, p. 10.

II.8.i. Digitalización

La digitalización ha potenciado los negocios a nivel global, es por otra parte un instrumento de ordenamiento y registración a partir de la tecnología *blockchain*, sin embargo, no está receptada en nuestra Ley General de Sociedades excepto en la modificación alternativa del art. 61 redactado según ley 27.444: “...Podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por los arts. 73, 162, 213, 238 y 290 de la presente ley, como así también de las impuestas por los arts. 320 y subsiguientes del Cód. Civ. y Com. de la Nación para llevar los libros societarios y contables por Registros Digitales mediante medios digitales de igual manera y forma que los registros digitales de las Sociedades por Acciones Simplificadas instituidos por la ley 27.349...”.

En nuestro ordenamiento societario la SAS si ha sido concebida como una sociedad digital, tanto para su trámite de inscripción, como para llevar su contabilidad y libros societarios.

III. Palabras finales

El objetivo trazado fue mostrar la estructura y méritos indudables de nuestra ley 19.550, pero

a la vez, hacer ver que transcurrieron cincuenta años desde su entrada en vigencia. El mundo de 1972 no es el de hoy, la globalización se vio potenciada a partir de los desarrollos informáticos y la digitalización. Las empresas multinacionales son las que dominan el mercado.

Nuestro país también es diferente al de aquella época. La crisis de entonces es aún peor hoy y los cambios legislativos habidos han sido insuficientes para dar respuesta a las necesidades actuales del empresariado. La constitución de sociedades hoy puede darse en diferentes plazas y los negocios concretarse sin un arraigo físico a un territorio nacional. Esta realidad debe ser contemplada por la normativa societaria.

Al tratar los principales institutos he procurado trazar los puntos principales que han variado y los aspectos materia de debate. La necesidad de una nueva ley de sociedades es evidente, pero su contenido e ideología depende en mucho de las proyecciones económicas, políticas y sociales que predominen, pues ellas serán las que brindarán el sustento fáctico para el desarrollo societario de los años venideros.

PERSONA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POST MORTEM

Medida autosatisfactiva. Consentimiento informado. Voluntad procreacional. Procedencia.

Con nota de María Julia Fornari

1. — Conforme constancias de la causa, audiencia con la recurrente, los testimonios del hermano y madre del fallecido en las que consta la voluntad del causante de ser padre, de someterse a tratamientos de TRHA, de continuar con ellos incluso a sabiendas de su enfermedad, y del riesgo de muerte que corría, debe concluirse que existe y se mantiene la voluntad procreacional del mismo y que debe autorizarse el uso de sus gametos criopreservados a los fines de continuar con las TRHA para la posible concepción de un hijo con la actora.
2. — Habiendo el causante prestado su último consentimiento expreso ante notario, sin haberlo revocado hasta la fecha de su fallecimiento, sabiendo que padecía una enfermedad gravísima como el cáncer y que sería sometido a una intervención quirúrgica que suponía riesgo de muerte, pudiendo haber retirado dicho consentimiento, no lo hizo.
3. — El fallecido mantuvo su consentimiento para continuar con el proyecto familiar, incluso en caso de fallecer. Refuerza lo dicho los testimonios de los familiares del difunto, madre y hermano, quienes confirman el deseo que tenía aquel de ser padre y el plan parental que tenía con su pareja, quien según lo manifestado por la madre le expresó que deseaba que ella continué con el tratamiento si así lo quería.
4. — De acuerdo con el art. 560 del Cód. Civ. y Com., quienes se someten a las técnicas de reproducción asistida aportando sus propios gametos tienen que prestar su consentimiento para establecer la filiación, y debe ser renovado cada vez que se produzca la utilización de gametos o embriones. El fundamento de la renovación del consentimiento se encuentra en que el eje de la filiación por voluntad procreacional está situado justamente en la voluntad y no en la genética, por lo cual, si alguno de los que requieren la técnica no renuevan su consentimiento, el procedimiento no podrá continuar.
5. — Específicamente el Código Civil y Comercial nada dice de la reproducción humana asistida *post mortem* pero su silencio no implica pro-

hibición, y así ha sido resuelto en reiterados casos jurisprudenciales en los que se han obtenido sentencias favorables a dicha práctica con basamento en uno de los principios que surgen de nuestra Constitución Nacional el cual dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

JFamilia Nro. 1, Posadas, 10/09/2021. - P. s/ medida autosatisfactiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/147297/2021]

COSTAS

Se imponen al peticionante.

Expte. N° 66920/2021

1ª Instancia.- Posadas, septiembre 10 de 2021.

Considerando:

I. Que en fecha 03/06/2021 se presenta la Sra. N. C. P., con patrocinio letrado, e interpone Medida Autosatisfactiva para que se la autorice a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad con la finalidad de tener un hijo utilizando los gametos criopreservados (espermatozoides congelados) del Sr. J. A. I. (h), quien fuera pareja de esta y con quien mantuvo una unión convivencial desde el año 2006 hasta su fallecimiento el 02/03/2021. Solicita se ordene a la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL de la ciudad de Posadas que ponga a su disposición los gametos criopreservados del Sr. I. para que continúe con el tratamiento referido que fuera iniciado oportunamente con su pareja en vida. Manifiesta que autorizado el tratamiento nacerá un niño hijo del Sr. J. A. I. (h). Que en el año 2016 el Sr. I. recibe un diagnóstico de cáncer, enfermedad que continuó avanzando, por lo que inició quimioterapia y radioterapia, tratamientos que podrían dejarlo estéril por lo que el 21/02/2018 decide criopreservar muestras de sus espermatozoides en el laboratorio de la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL, muestras que fueron divididas en 3 frascos que representan 3 intentos de fecundación. Junto a la actora postergan el tratamiento de fertilidad en virtud de la pandemia por Covid-19.

En septiembre del 2020, la pareja P.-I. ratifica su intención de tener un hijo y firman ante un notario su consentimiento de realizar y avanzar con el tratamiento de fecundación in vitro con gametos de la propia pareja y así cumplir sus deseos de ser padres. En octubre del 2020 la actora inicia tratamiento de estimulación ovárica. En noviembre del 2020 fracasa

el procedimiento de punción ovárica. En diciembre 2020 la pareja P.-I. firma un nuevo consentimiento ante escribanía, a los fines de realizar un nuevo tratamiento luego de la cirugía que le fuera programada al Sr. I. en enero del 2021.

El Sr. I. fallece con posterioridad a la cirugía y luego de estar 2 meses internado en el Hospital Italiano de Buenos Aires, el 02/03/2021. El Sr. I. conocía el riesgo de vida que corría con dicha cirugía e incluso así antes de viajar firmó con la actora un nuevo consentimiento para que se inicie el segundo intento para quedar embarazada. Que el Sr. I. anhelaba tener un hijo independientemente de su estado de salud y destino final. Que de ambos consentimientos informados firmados surge la voluntad procreacional de las partes, como así también del informe del Psicólogo L. N. quien ha tratado a la pareja.

Sigue diciendo que la actora ha congelado sus ovocitos satisfactoriamente y aguarda se haga lugar a la presente acción a fin de avanzar con el tratamiento de fertilización. Cita legislación y jurisprudencia. Solicita audiencia y adjunta documental.

Que en fecha 04/06/2021 se da trámite a la presente, y se corre vista al Fiscal quien se expide favorablemente sobre la competencia de la suscripta.

En fecha 25/06/2021 se fija audiencia con la actora y los Sres. M. G. I. y M. O., hermano y madre del fallecido, y se ordena librar oficio al Juzgado Civil y Comercial N° 8 a fin que tome conocimiento de la existencia de la presente causa y remita copia certificada de la declaratoria de herederos en "Expte. N° 35.492/2021 letra I.J. A. s/ sucesión".

En fecha 02/08/2021 se lleva adelante audiencia con la Sra. N. C. P. quien manifiesta: "estamos juntos hace 17 años y el recuerdo que me queda de él es el hecho de disfrutar de la vida, soy profesora de educación especial y él era músico, además del proyecto de la casa postergo el proyecto de ser papas en el 2016 nos enteramos de su diagnóstico, el antes de empezar la quimioterapia ya sabía que puede causar infertilidad y él quería ser papá, el creía que iba a vivir, es hizo todo para vivir y queríamos tener dos hijos, ya tengo las habitaciones para ellos, todo preparado para ellos, yo ahora lo haría sin él, el nunca habló conmigo de que pasaba si no estaba pero conmigo no hablaba pero el habló con mi suegra, yo en noviembre me hice el procedimiento y no funcionó, estando el en la última faceta del tratamiento, el sabiendo que coincidían las fechas de su tratamiento con el mío el da su consentimiento sabiendo que no podría estar presente, el fallece el dos de marzo así que yo no fui porque él estaba ya muy mal, tenemos tres frascos que representan tres intentos, para una persona de mi edad, tene-

mos un 15 % de probabilidad, yo me siento segura con la decisión de hacerlo sola, lo iniciamos juntos y yo quiero continuar, tengo a mi familia y la familia de él, estoy contenida, los últimos meses fueron momentos difíciles y de sufrimiento pero yo me quiero aferrar a los momentos lindos, cuando él estuvo lo acompañé a él en su enfermedad que en su última etapa fue muy dolorosa y no hablamos del tema en ese momento, yo siento que él no me dijo nada porque no me quería presionar, pero una vez me dijo yo no puedo cambiar mi vida pero vos podés cambiar la tuya. estoy haciendo terapia con la licenciada L. F."

Y la Sra. M. M. O. manifiesta: "cuando charlaba con mi hijo yo le decía porque no encargas mi hijo y me decía quería terminar la casa, el en una oportunidad me dice muy enojado no me preguntaron si tenía hijos yo voy a guardar mis espermias porque quiero tener hijos, eso ante la noticia de que debía hacerse quimio y rayos, después el empeoró y fuimos a Bs. As. con él me dijo: mamá yo quiero ser padre de cualquier manera, quiero acompañar a N. porque era el deseo de mi hijo, en enero fuimos y N. tenía turno para hacerse la inseminación y él le pidió que se quedara con él y allí viene el desenlace".

El Sr. M. G. I. manifiesta: "en mi caso particular, a pesar de la situación que pasó me dijo en varias oportunidades las ganas de ser padre independientemente de lo que pase con él por eso acompañamos la voluntad de N., y le damos el apoyo si quiere seguir, ella me manifestó que seguiría con el procedimiento, hablamos de sus bienes con mi hermano, el me pidió dejar la casa para N., cuando el presentaba la gravedad de su enfermedad, nosotros estamos en permanente contacto con ella, la decisión es de ella, y nosotros le acompañaremos yo seré tío, nosotros estamos de acuerdo, y como fue voluntad de mi hermano. respecto a los bienes pertenecientes a mi hermano J. I., conforme su voluntad manifestada en vida, mi madre heredera forzosa ha cedido a su favor la casa donde ellos residían y el edificio ubicado en Avda. Centenario 3106 de Posadas."

Se ordena correr vista al Fiscal para que se expida y manifiesta que la presente medida autosatisfactiva resulta ajena al ámbito de su intervención, por lo cual se abstiene de emitir opinión.

En fecha 10/08/2021 pasan los autos a despacho para resolver, pero se advierte que no obra en autos constancias de haber agotado la vía administrativa y que no se ha acreditado la negativa de la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL a poner a disposición de la actora los gametos criopreservados del Sr. J. I. (h), en consecuencia, y a los fines de evitar ulteriores planteos de nulidad y de un correcto ordenamiento procesal, y en atención a los derechos en juego, salen

los autos de despacho para resolver, y se intima a la actora a acreditar en autos la negativa de la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL a poner a su disposición los gametos criopreservados del Sr. J. I. (h), a los fines de continuar con el tratamiento de TRHA de alta complejidad, por la que solicita la presente medida autosatisfactiva.

En fecha 02/09/2021 contesta la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL quien manifiesta que a los fines de llevar adelante un tratamiento de TRHA de alta complejidad con gametos criopreservados es necesario contar con el consentimiento informado de quien ha realizado dicha criopreservación, en este caso el Sr. J. A. I. Que ellos no se niegan a poner a disposición de la actora dichos gametos, pero para realizar el tratamiento de TRHA conforme art. 560 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, ley 26.862 y Resolución 616/2017 del Ministerio de Salud de la Nación es necesaria una orden judicial que supla el consentimiento del Sr. J. A. I. y deslinde de toda responsabilidad a la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL y a los profesionales que la integran.

En fecha 06/09/2021 se agrega la contestación del oficio. Quedando los autos a despacho para Resolver.

II. Acreditada la legitimación en autos, siendo competente la suscripta en la materia y en razón del territorio, corresponde entrar en el análisis de la situación fáctica planteada conforme las pruebas adjuntadas a la causa, lo dispone el art. 1, 2 y 3 Cód. Civ. y Com. de la Nación, como también principios axiológicos de normas superiores, tratados de derechos humanos y fallos nacionales como de la Corte Interamericana.

Que en el caso en estudio respecto a la medida peticionada, entiende la doctrina mayoritaria que consiste en un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable; no siendo entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Así podemos concluir que las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes y autónomas, donde debe existir una fuerte probabilidad de que los requerimientos sean atendibles, siendo por lo tanto vía procesal útil e idónea para dar andamiaje a la presente petición.

Pasando al análisis fáctico de los hechos, la presente acción es iniciada por la recurrente quien solicita se la autorice a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad con la finalidad de tener un hijo utilizando los gametos criopreservados (espermatozoides congelados) del Sr. J. A. I. (h), quien fuera pareja de esta y con

quien mantuvo una unión convivencial desde el año 2006 hasta su fallecimiento el 02/03/2021.

Así las cosas, corresponde abordar primeramente conceptos en relación al derecho y la bioética de la protección de la persona, su alianza permite el nacimiento del Bioderecho como disciplina transversal.

El Bioderecho es el área jurídica compuesta por los casos y soluciones producidos en el desarrollo de la técnica en la vida en general y, particularmente, en la vida humana.

Normativamente “Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.” No es un dato menor vincular el artículo 17 con los artículos 51 y 52 de dicho cuerpo normativo que regulan sobre la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad y además el “Artículo 19. comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

En la actualidad, con el avance de la tecnología y la ciencia, existe la opción de congelar gametos y embriones, creando la posibilidad de que, tras la muerte del marido o conviviente, la mujer solicite ser fecundada con ellos, para de esta manera continuar con el plan de parentalidad que tenían en conjunto. Estas técnicas de reproducción humana asistida post mortem despierta debates bioéticos respecto de si es adecuado que se abra la posibilidad a que un niño nazca deliberadamente en el marco de una familia monoparental.

Al respecto, específicamente el Código Civil y Comercial, nada dice pero su silencio no implica prohibición, y así ha sido resuelto en reiterados casos jurisprudenciales en los que se han obtenido sentencias favorables a dicha práctica con basamento en uno de los principios que surgen de nuestra Constitución Nacional el cual dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19).

Ahora bien, uno de los requisitos que impone la ley N° 26.862 que rige la materia, en su art. 7, es que quien desea someterse a estas TRHA debe prestar su consentimiento informado, el que debe ser renovada antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

El consentimiento, es un acto formal que constituye uno de los elementos trascendentales de la filiación por TRHA, mediante este se produce la exte-

riorización de la voluntad. Para someterse a las TRHA la persona debe manifestar su consentimiento pleno, libre e informado ante el centro de salud que las va a llevar a cabo. Por lo que debe manifestarse sin vicio ni modalidad alguna, previa indicación del método que se utilizará y sus consecuencias, debiendo ser protocolizado ante escribano público o certificado por la autoridad sanitaria local.

Expresa el artículo 560 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que “el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

Del citado artículo se desprende que quienes se someten a estas técnicas aportando sus propios gametos tienen que prestar su consentimiento para establecer la filiación, y debe ser renovado cada vez que se produzca la utilización de gametos o embriones.

El fundamento de la renovación del consentimiento se encuentra en que el eje de la filiación por voluntad procreacional está situado justamente en la voluntad y no en la genética, por lo cual, si alguno de los que requieren la técnica no renuevan su consentimiento, el procedimiento no podrá continuar.

Se encuentra probado en autos que los Sres. P. e I. han prestado tres consentimientos informados para tratamiento de TRHA de alta complejidad con gametos de la propia pareja, en fechas 21/02/2018, 24/09/2020 y 30/12/2020, suscriptos ante notario. Como además, la recurrente en su libelo inicial y en audiencia ante SS, reitera la voluntad firme de tener un hijo del Sr. I. utilizando sus gametos criopreservados, conforme ambos lo habían planificado y que la Clínica Crear Medicina Reproductiva SRL requiere una orden judicial a los fines de suplir el consentimiento informado que ya no podrá otorgar el Sr. I. atento su fallecimiento.

Habiendo el Sr. I. prestado su último consentimiento expreso ante notario en fecha 30/12/2020, sin haberlo revocado hasta la fecha de su fallecimiento en fecha 02/03/2021, sabiendo que padecía una enfermedad gravísima como el cáncer y que sería sometido a una intervención quirúrgica que suponía riesgo de muerte, pudiendo haber retirado dicho consentimiento, no lo hizo.

Es importante resaltar el informe suscripto por el psicólogo L. A. N., de fecha 01/06/2021, quien fuera el psicólogo tratante de la pareja P.-I. refiere textualmente “...en las sesiones (presenciales y virtuales) realizadas entre el sábado 19 de diciembre del 2020 y el

martes 02 de febrero del 2021 me explicó su deseo de que N. pudiera procrear su hijo/a y me solicitó explícitamente que la acompañara en el proceso de fecundación, embarazo y nacimiento pues él sabía que ya no estaría.” Hasta aquí, de las probanzas arrimadas a la causa puedo presumir que el hoy fallecido mantuvo su consentimiento para continuar con el proyecto familiar, incluso en caso de fallecer.

Refuerza lo dicho los testimonios de los familiares del difunto, madre y hermano, quienes confirman el deseo que tenía el Sr. I. de ser padre y el plan parental que tenía con su pareja la Sra. P., quien según lo manifestado por la madre le expresó que deseaba que N. continué con el tratamiento si así lo quería.

Narran además respecto de su casa habitación último domicilio de la pareja en el que construyeron un baño para niños, en base a su proyecto de vida, por todo ello entiendo que se encuentra acreditada la voluntad procreacional del fallecido, incluso después de muerto en base a los indicios y pruebas adjuntadas a la causa.

Lo deseable sería que no queden dudas respecto de la voluntad de las personas que se someten a estas técnicas, para no tener que acudir a la presunción del consentimiento como se da en este caso y otros casos firmes de jurisprudencia nacional. Pero, en la actualidad seguimos estando ante un vacío legal que se debe suplir.

Así se ha expresado la Jurisprudencia Nacional Argentina, en los Casos “G. s/ autorización”, de fecha 21/11/2011, Fallo Morón, Bs. As., por la Juez Vilma Antolina Recoder. Fallo de la Cámara Civil y Comercial Minas de Paz y Tributario de Mendoza 07/08/2014, “S. s/ medida autosatisfactiva”. Otro fallo, “K. c. Instituto de Ginecología s/ amparo”, de fecha 03/11/2014 Fdo. Juez Eduardo Cecinini, Buenos Aires, Juzgado Civil N° 7. Otro fallo, Buenos Aires, 05/02/2020, Expte. N° 14.133/2018 “C. E. s/ autorización”, Juzgado Civil N° 7. Otro fallo, Juzgado N° 76, de Buenos Aires, 30/12/2019, Expte. N° 12.613/2018 “E. A. N. c. P. s/ amparo”.

La ley que rige en la materia, la N° 26.862, no contempla expresamente el supuesto de la fecundación post mortem pero tampoco lo prohíbe. No obstante ello y en atención a los reparos que se pudieran hacer a la práctica pretendida en este caso con base en el art. 560 del Cód. Civ. y Com. de la Nación creo necesario puntualizar que, conforme las pruebas producidas en autos no existen razones para dudar que la voluntad procreacional expresada por el Sr. J. A. I. (h) en vida, y solo dos meses antes de fallecer mantuvo su voluntad de procrear, Máxime si prestó su consentimiento a sabiendas de su enfermedad, de la cirugía que debían practicarle y del riesgo de muerte

que significaba dicha intervención. Tampoco puedo presumir que quien atravesó junto a su pareja el complejo proceso de una reproducción asistida, con las implicancias físicas y emocionales que ello conlleva, en pos de concretar un proyecto familiar común, lo hubiera revocado en tan breve lapso, llevando al convencimiento, los documentos mencionados, el informe psicológico, las testimoniales de la causa y la audiencia con la recurrente.

Conforme constancias de la causa, audiencia con la recurrente, los testimonios del hermano y madre del fallecido en las que consta la voluntad del Sr. J. A. I. (h) de ser padre, de someterse a tratamientos de TRHA, de continuar con ellos incluso a sabiendas de su enfermedad, y del riesgo de muerte que corría, concluyo que existió y se mantiene la voluntad procreacional del mismo y que debe autorizarse el uso de sus gametos criopreservados a los fines de continuar con las TRHA a los fines de la posible concepción de un hijo con la Sra. P., por lo que la FPM permite seguir adelante con el procedimiento de TRHA, y por lo tanto que un niño pueda nacer y que personas vean satisfecho su derecho a formar una familia continuando con su proyecto parental añorado.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Atala Riffo c. Chile” y en “Fornerón c. Argentina” reconoce que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma”, por ello, los argumentos jurídicos y jurisprudenciales, así resuelvo.

III. Con relación a las costas corresponden sean impuestas a la peticionante conforme lo dispuesto en

el art. 68 y siguientes del C.C.F.V.F., la naturaleza de la medida solicitada y la forma en que se resuelve.

IV. Atento lo normado por el art. 35 de la ley XII N° 4 corresponde regular los honorarios profesionales del Dr. I. M. G. por las labores realizadas en su carácter de letrado patrocinante de la actora y conforme las pautas establecidas por los arts. 13 y 67 de dicha norma, en la suma equivalente a 3 SMVM vigentes a la fecha, es decir, la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta (\$87.480,00), más IVA si correspondiere al momento de su percepción.

Por todo ello, consideraciones expuestas, Art. 19 CN, art. 560 siguientes y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación, ley N° 26.862 y su decreto reglamentario, jurisprudencia Nacional e Internacional citada; resuelvo: I. Hacer lugar a lo peticionado por la actora, en consecuencia Autorizar a la Sra. N. C. P., DNI N° ..., a continuar con el tratamiento de técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad utilizando los gametos criopreservados del Sr. J. A. I., DNI N° ..., fallecido, que se encuentran en la clínica Crear Medicina Reproductiva SRL, a tales fines líbrese el oficio correspondiente. II. Imponer las costas a la peticionante Sra. N. C. P. III. Regular los honorarios profesionales del Dr. M. G. I., por su intervención en autos como patrocinante de la parte actora, en la suma de pesos ... (\$...), más IVA si correspondiere al momento de su percepción, que equivalen a tres salarios mínimos vitales y móviles, más IVA si correspondiere al momento de su percepción, por aplicación del art. 67 de la ley XII-N° 4. IV. Firme que quede la presente expídase testimonio y o copia certificada, previo pago de la tasa correspondiente. Regístrese. Notifíquese. — *Lidia G. Mana.*

El consentimiento en la fertilización *post mortem*

María Julia Fornari (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Planteo del caso.— III. Concepto de fertilización *post mortem* (FPM).— IV. Regulación de la fecundación *post mortem* en el derecho extranjero.— V. Ausencia de regulación en nuestro país: el proyectado art. 563 del Cód. Civ. y Com. y el silencio en la ley 28.862.— VI. Importancia del consentimiento en las TRHA y su implicancia en la FPM.— VII. Frente al silencio legal, las voces de la jurisprudencia.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en general, y la fertilización *post mortem* (FPM) en particular, nos enfrentan a planteos éticos que cuestionan el límite del desarrollo de la ciencia y su razonabilidad, frente a los derechos humanos de los involucrados en ellas.

Determinar en qué casos se debe admitir el legítimo deseo de los potenciales progenitores, y en cuáles limitar los planteos cuya procedencia implicaría afectar a otras personas o intereses dignos de protección implicados en el asunto, es un dilema que se debe resolver con un enfoque multidisciplinario y una visión abarcadora.

¿Acaso todo lo científicamente posible es ético y jurídicamente viable? ¿Cuáles son los intereses y derechos en juego en la FPM? Responder estas inquietudes es básico a los fines de alcanzar una regulación equilibrada y respetuosa de los derechos humanos comprometidos (1).

La falta de legislación en materia de FPM, pone a merced de la discrecionalidad de los jueces intervinientes, la decisión sobre un tema

trascendente y con variedad de aristas, lo que redundando en una manifiesta inseguridad jurídica.

El fallo en comentario dictado por el Juzgado de Familia N° 1 de Posadas, Provincia de Misiones el pasado 10 de septiembre de 2021, continúa el camino abierto por precedentes jurisprudenciales en la materia, y autoriza la realización de TRHA con gametos de un sujeto fallecido, invocando su consentimiento presunto.

II. Planteo del caso

La señora N. C. P. interpuso medida autosatisfactiva a fin de que se la autorice a utilizar los gametos de su conviviente fallecido, el señor J. A. I., en un tratamiento de fertilización asistida *post mortem*. Relata que el señor J. A. I. recibió en 2018 un diagnóstico de cáncer y decidió criopreservar su semen, debido a que el tratamiento de quimioterapia le iba a producir esterilidad. La pandemia pospuso el tratamiento y en septiembre de 2020 ambos prestaron consentimiento informado ante notario para avanzar en la realización de la TRHA.

Por su parte, la peticionante inició tratamiento de estimulación ovárica y fracasó su primera punción para extraerlos. En diciembre de 2020 ambas partes prestaron nuevo consentimiento informado notarial para realizar otra práctica de TRHA después de la cirugía oncológica a la que el señor J. A. I. debía someterse. Pero en ninguno de los documentos suscriptos, expresó decisión sobre su continuación *post mortem*.

(*) Profesora adjunta de grado de la Universidad de Buenos Aires; profesora de posgrado en la Universidad Austral y en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) HERRERA, Marisa, "Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas", InDret, Revista para el Análisis del Derecho nro. 4, 21/01/2017.

El señor falleció con posterioridad a la cirugía y luego de dos meses de internación, por lo que su conviviente solicitó autorización para el uso del material genético de su compañero y de sus ovocitos conservados, en un nuevo intento de TRHA.

La sentencia hace lugar a la autorización solicitada, presumiendo el consentimiento del señor J. A. I. para continuar con el proyecto familiar aun después de su muerte, pues considera que renovó su consentimiento (previo a la intervención quirúrgica compleja y de gravedad a la que sería sometido) y que no lo revocó antes de su muerte.

Si bien el fallo reconoce expresamente la inconveniencia de recurrir al consentimiento presunto del fallecido para autorizar a la accionante la continuación de la TRHA, utiliza tal controvertida herramienta para suplir el vacío legal.

Por ello nos proponemos, en este comentario, analizar la importancia del consentimiento informado en las TRHA y en particular en la FPM, frente al silencio legislativo y las distintas voces de nuestra jurisprudencia.

III. Concepto de fertilización *post mortem* (FPM)

Las TRHA son el conjunto de técnicas o métodos biomédicos que facilitan o pueden sustituir a los procesos naturales de fecundación (2).

La FPM constituye un supuesto especial de TRHA, cuya característica central radica en que la práctica se lleva a cabo después de la muerte de uno de los miembros de la pareja.

Puede suceder que la maniobra se realice para generar *post mortem* un embrión —con material criopreservado del fallecido u obtenido a través de su extracción cadavérica (3)—; o para la transferencia de un embrión crioconservado por la pareja, generado durante la vida de ambos.

Y se utiliza el término *fertilización* en lugar de *filiación*, porque la filiación póstuma puede

(2) En nuestro país se encuentran reguladas por la ley 26.862 del 26/06/2013 y su decreto reglamentario 956/2013 del 18/07/2013.

(3) En general la extracción cadavérica es de semen, no así de ovocitos, por la complejidad en la producción, extracción y conservación de este material.

acaecer con prescindencia de las TRHA. El propio Código velezano regulaba la filiación póstuma en los arts. 240, 243 y concordantes, que preveían la presunción de filiación matrimonial en casos en que el marido hubiese fallecido con anterioridad al nacimiento; y el art. 254 y subsiguientes del mismo régimen derogado, que daban lugar a la acción de reclamación de estado incluso después del deceso del supuesto padre.

En el actual Cód. Civ. y Com., los arts. 566 y 568 disponen con similar alcance la determinación de la filiación matrimonial, y los arts. 580 y 582 refieren las acciones de reclamación de filiación y prueba genética *post mortem*, en supuestos de fallecimiento previo del pretense progenitor.

La FPM puede presentarse en los siguientes casos:

a) La mujer se insemina artificialmente o fecunda sus ovocitos con material genético del cónyuge/conviviente fallecido.

b) La mujer se implanta un embrión crioconservado generado por la pareja mediante las TRHA, luego del deceso.

c) La mujer solicita la extracción de material genético del cónyuge/conviviente fallecido a efectos de utilizar sus gametos para una posterior TRHA.

d) El hombre decide continuar su proyecto parental luego de fallecer la mujer cónyuge/conviviente, y accede a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético de la fallecida, o con embriones a generarse con sus gametos.

e) Parejas homosexuales compuestas por mujeres donde fallece una de ellas (mediante embriones generados con material genético de la fallecida y un donante); o compuestas por hombres donde fallece uno de ellos (mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético del fallecido y una donante) (4).

(4) PÉREZ, Agustina "Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización *post mortem* ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Familia I, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 181.

Si bien solo han llegado a la justicia argentina planteos referidos a supuestos de FPM frente a la premoriencia del hombre (marido/conviene), pueden producirse los restantes casos descritos, u otros (5). Y en estos últimos, su análisis obliga a abordar lo relativo a la gestación por sustitución, instituto estrechamente vinculado al tema de la FPM, pero que excede el comentario del presente fallo.

IV. Regulación de la fecundación *post mortem* en el derecho extranjero

Existen distintos sistemas regulatorios de la FPM que pendularmente recorren las distintas alternativas: legislaciones que establecen su prohibición expresa (6), legislaciones que la permiten y determinan las condiciones de realización y sus efectos jurídicos (7); y aquellas que, como la argentina, optan por el silencio (8).

(5) En Reino Unido en 2015 se dio el caso de una madre que pretendía implantarse gametos de su hija fallecida, que se encontraban crioconservados en EE.UU. "Judgment in proceedings challenging the decision by the HFEA to refuse permission to allow export and use of female gametes after death of the donor. Issues of consent, correct use of powers and engagement of Article 8", Family Law Week. <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed145462>.

(6) Por ejemplo, las legislaciones de Alemania, Francia, Italia y Suecia.

(7) Por ejemplo, las legislaciones de España (art. 9 ley 14/2006), Portugal (art. 22 ley 32/2006), Países Bajos, Bélgica, Israel, Grecia, Canadá. En Inglaterra: en 2003 se incorporó la posibilidad de que un hombre pueda quedar registrado como padre del niño póstumo, siempre que hubiese exteriorizado su consentimiento tanto para el uso de su material genético como para ser registrado como padre del niño nacido mediante esta FPM. En 2008 incorporó la extensión de efectos a la pareja/ cónyuge de la mujer a quien se le transfiere el embrión constituido por donación de semen de un tercero. En este caso, también se exige el doble consentimiento. Art. 39, Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm, HFEA, 2008). En EE.UU.: algunos Estados como Alabama, Delaware, Illinois, Maine, New México, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington y Wyoming han promulgado localmente la Uniform Parentage Act - Ley de Parentesco Unificado. Otros Estados incluso contemplan la vocación hereditaria del futuro niño: como por ejemplo California, Luisiana, Virginia y Florida. También Australia; y en nuestra región: Uruguay (ley 19.167/2013) y Brasil.

(8) Por ejemplo, en las legislaciones de México, Venezuela, Perú, Chile y la República Argentina.

En general los ordenamientos que la admiten regulan el instituto sobre la base de dos ejes centrales:

a) *el consentimiento previo e informado de la persona fallecida*, como expresión de la autonomía de su voluntad, a fin de asegurar las condiciones de ejercicio de la voluntad procreacional y la continuación del proyecto parental. En procura del respeto de los derechos personalísimos de la persona fallecida (9);

b) *el tiempo*, estableciendo un límite máximo para la realización de la práctica, a fin de garantizar la seguridad jurídica de todas las partes involucradas: mujer gestante, los herederos y el niño que pudiera nacer de ella (10).

Y tales ordenamientos diseñan diferentes regímenes según haya presencia o ausencia de consentimiento del causante expresado en vida para realizar la FPM (11); la eficacia del consentimiento tras el fallecimiento del sujeto; y posibilidad de transferir solo embriones crioconservados, o también gametos.

V. Ausencia de regulación en nuestro país: el proyectado art. 563 del Cód. Civ. y Com. y el silencio en la ley 28.862

El proyecto de nuestro Cód. Civ. y Com. contemplaba la FPM en el art. 563 (texto derogado en el Cód. Civ. y Com. vigente).

(9) Como lo requería el proyectado art. 563 del Cód. Civ. y Com., no vigente. Y lo recoge la jurisprudencia en re Juz. Nac. Civil N° 7, Expediente 14133/2018, "C. E. s/ autorización", 06/02/2020 http://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/28022020FA0003.pdf.

(10) Aunque, respecto del plazo en el cual se puede ejercer el derecho a la FPM es posible distinguir entre: i) existencia de un plazo, ii) inexistencia de un plazo (donde cabe diferenciar entre inexistencia de plazo sin efectos hereditarios o con efectos hereditarios) y iii) combinación de existencia de plazo e inexistencia de plazo (el primero con efectos hereditarios y una vez transcurrido el mismo sin efectos hereditarios). Nuestra jurisprudencia en el fallo: Juzg. Nac. en lo Civ. N° 87, "N. O. C. P. s/ autorización", 05/05/2016 admitió el uso de gametos después de 5 años.

(11) Ley 14/2006, 26/05/2006 sobre TRHA <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/com> en su art. 9° que requiere del consentimiento expreso para el uso de gametos, pero admite el consentimiento presunto para la transferencia embrionaria.

Admitía la práctica y establecía como regla general la falta de filiación en los casos de FPM, salvo existencia de consentimiento expreso para la transferencia de embriones, e imponiendo una limitación temporal para la realización de la práctica.

Su texto rezaba: "Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida: En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

El debate parlamentario eliminó la regulación de la FPM (12) y el texto del Cód. Civ. y Com. vigente desdobló parte del originario del art. 563, de manera que el primer párrafo conforma el actual artículo 562 sobre "Voluntad procreacional", y el segundo párrafo quedó como el actual art. 563 sobre "Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida" (13).

Es importante resaltar que el artículo proyectado solo permitía a través de dicha práctica, la utilización de embriones, dejando de lado la utilización de gametos, como así también su extracción cadavérica (14).

(12) El dictamen final de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación del 20/11/2013 daba por eliminada la FPM. (Ver al respecto Congreso Nacional, Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013, orden del día nro. 892.

(13) MERLO, Leandro M., "El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial en materia de derecho de familia tras la media sanción del Senado", *Microjuris*, 09/12/2013. Cita online: MJ-DOC6536-AR.

(14) En el fallo "S., M. C. s/ medida autosatisfactiva", resuelto por la C3aCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendo-

Brindaba alguna certeza en cuanto a los derechos filiatorios y sucesorios del niño a engendrarse, y resguardaba los derechos del difunto, quien debía haber prestado consentimiento expreso para llevar adelante la práctica después de su muerte. También suscitaba dudas acerca de si podría practicarse una FPM pese al incumplimiento de los requisitos legales, que solo serían necesarios para la determinación de la filiación (15).

Esta regulación sobre la FPM se conjugaba con el art. 2279 del Cód. Civ. y Com. (hoy vigente) sobre la transmisión de derechos por causa de muerte y que expresa: "Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561 (es decir lo relativo a la forma del consentimiento informado); d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento" (16).

El inc. c) del artículo transcrito otorga capacidad de heredar a la persona que naciera como consecuencia de una FPM, siempre que existie-

za, 07/08/2014. RC J 6303/14 se revierte fallo de primera instancia y se autoriza la TRHA con semen extraído cadavéricamente. Sobre la falta de consentimiento del difunto, se sostuvo que existía una autorización judicial firme que dispuso previamente la extracción de esperma y que tal práctica se efectuó con anterioridad a publicación del decreto 956/2013, reglamentario ley 26.862, por lo que la necesidad de consentimiento previo no era aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. En igual sentido lo autorizó el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 87, "N. O. C. P. s/ autorización", 05/05/2016, LA LEY, 2016-D, 219. AR/JUR/32492/2016.

(15) GERI, Leonardo, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina", *Revista Bioética y Derecho* nro. 46, Universidad de Barcelona, 01/10/2019.

(16) Es dable mencionar que en el proyecto originario decía "Pueden suceder al causante...c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos previstos en el art. 563". La remisión al art. 563 nos conducía a la técnica de filiación *post mortem* y a las condiciones de su aplicación, y además al comienzo de existencia de la persona humana según el art. 19, que también fue modificado.

re voluntad procreacional del causante, plasmada en un consentimiento informado expresado en los términos y con los requisitos impuestos por el Cód. Civ. y Com.

Es decir que la normativa sucesoria resultaría restrictiva respecto de los efectos de la FPM: el fracaso de la TRHA en la primera oportunidad, y el fallecimiento de uno de sus participantes antes del siguiente intento, impediría que se otorgue un consentimiento informado que conjugue los presupuestos requeridos para otorgar capacidad de suceder al niño engendrado después del deceso.

Algunos autores concluyen que dicha previsión ha quedado en el texto del art. 2279 por error en la técnica legislativa, es decir, por la omisión de quitarla como se hizo con el art. 563 proyectado (17).

Resta aclarar que esta regulación sucesoria, no distingue entre las TRHA llevadas a cabo con embriones o gametos, a diferencia del art. 563 suprimido que solo admitía la transferencia *post mortem* de embriones.

La ley 28.862 y su decreto reglamentario 956/2013, sobre acceso integral a las TRHA, tampoco regulan esta materia (18).

VI. Importancia del consentimiento en las TRHA y su implicancia en la FPM

La regulación proyectada en el art. 563, al igual que todos los antecedentes jurisprudenciales en materia de FPM (con independencia de autorizar la práctica o denegarla) (19), han

(17) HERRERA, Marisa, "Filiación post mortem...", ob. cit.

(18) FORNARI, María Julia, "Algunas reflexiones sobre la ley 26.862. Técnicas de reproducción humana asistida", ADLA LXXIII nro. 22, 26/08/2013, t. LXXIII-D, LA LEY.

(19) Tribunal de Familia de Morón N° 3, "G., A. P. s/ autorización", 21/11/2011, AP/JUR/289/2011. Juzgado Nacional Civil N° 3, "K., J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", 03/11/2014, AR/JUR/53958/2014. CNCiv., Sala H, "K., J. V. c. IDEGyF y otros s/ amparo", 17/04/2015, AP/DOC/715/2015. C3a-Civ. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, "S., M. C. s/ medida autosatisfactiva", 07/08/2014, RC J 6303/14. Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, "A., C. V. c. Instituto de Seguridad

considerado eje medular del instituto al consentimiento informado, como expresión de la voluntad procreacional, y sobre él han pivotado soluciones tendientes a sortear la exigencia legal de su renovación, impedida por la muerte de uno de sus participantes.

Ello en orden a la trascendencia del consentimiento informado en las TRHA, conforme analizaremos en el próximo apartado.

VI.1. Consentimiento informado en las TRHA (20)

El consentimiento informado es la declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (21).

Requiere para su configuración: la información adecuada (22), la comprensión de esa información, la libertad en el sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de tales decisiones (23).

Social - SEMPRE / amparo", 30/12/2015, inédito. Juzgado Nacional Civil N° 87, "N., O. C. P. s/ autorización", 05/05/2016. Juzgado Distrito Familia Casilda Santa Fe, "C., M. S. s/ autorización judicial", 25/11/2016. CNCiv., Sala B, "D., M. H. y otros s/ autorización", 03/04/2018, LA LEY 29/05/2018 Cita Online: AR/JUR/12809/2018. 18. Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, "C., E. s/ autorización", 05/02/2020. TS Río Negro, "M., J. A. s/ autorización judicial", 27/02/2018.

(20) FORNARI, María Julia, "Avances en la protección de los embriones no implantados: la actividad pretoriana ante el vacío legal", JA 2021-III fascículo 7, Abeledo Perrot, 11/08/2021.

(21) HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra M., "Consentimiento informado", en GARAY, Oscar E. (coord.), Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 191.

(22) La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos y el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, hablan de información "adecuada"

(23) PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, "El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informa-

Está regulado en el art. 59 del Cód. Civ. y Com., que replica lo dispuesto en la ley 25.529 (24) sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y enuncia los principales aspectos que debe reunir el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.

Si bien en materia de TRHA, el consentimiento adquiere singular envergadura al resultar configurativo de la voluntad procreacional, nueva fuente de filiación de nuestro ordenamiento jurídico conforme lo disponen el art. 558 Cód. Civ. y Com. y subsiguientes, no se imponen requisitos diferentes al consentimiento informado de cualquier práctica médica.

El art. 561 Cód. Civ. y Com. solo exige que su instrumentación contenga los requisitos previstos en la ley especial (o sea en la ley 26.862 sobre acceso a la TRHA, que carece de una regulación específica y remite a las disposiciones contenidas en la referida ley 26.529, dado que las TRHA presentan cierta analogía con cualquier otro acto médico). Ello sin perjuicio de la posterior protocolización ante escribano o certificación ante autoridad sanitaria, para su oportuna inscripción filiatoria en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme lo prescribe el art. 562 *in fine*.

El acto volitivo contenido en el consentimiento informado prestado por los interesados es el origen de la filiación por TRHA; a diferencia de la filiación por naturaleza que reconoce su

origen en el acto sexual y, por ende, en el elemento genético/biológico; o de la filiación por adopción que, si bien también reconoce su origen en un acto voluntario, esa voluntad no actúa como causa de la existencia de la persona adoptada (25).

Por ello se exige que el consentimiento en las TRHA sea *actual*, requisito común a toda práctica médica, pero que cobra relevancia en ellas en cuanto a las consecuencias derivadas: la necesidad de *renovación* frente a cada procedimiento y la posibilidad de revocación antes de la concepción o implantación del embrión.

VI.2. *Renovación del consentimiento*

VI.2. Renovación del consentimiento

En general los tratamientos con TRHA no se agotan instantáneamente en un único acto, sino que configuran un proceso dilatado en el tiempo. De allí que el art. 560 *in fine* exige que el consentimiento deba renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, demostrándose en cada intento que continúa vigente el proyecto parental que dio origen a la práctica (26).

Es decir que será indispensable prestar consentimiento para iniciar el proceso procreativo, y renovarlo al momento de la utilización de gametos de terceros, de la fecundación o de la implantación de embriones, si tales procedimientos no fueran contemporáneos, lo que supone invariablemente declaraciones de voluntad diferentes en cada práctica médica comprendida dentro del mismo tratamiento.

Estrictamente existen dos (o tres) consentimientos diferentes, "porque el primero, tiene un objeto diverso del prestado en la renovación, con lo cual, pese a la designación equívoca, dos objetos diversos generan dos actos jurídicos diversos. El primero, destinado a dar inicio a un

do", Comares, Granada, 2009, p. 79 y ss.; KRAUT, Alfredo, "Ausencia de consentimiento médico: La decisión por otro", JA, 1997-I-745;

(24) Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. 21/10/2009. Art. 5º: Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

(25) LAMM, Eleonora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil", Supl. Especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil, JA, 2012-II, p. 68.

(26) HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Comentario al art. 561", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 472.

proceso procreativo, el segundo destinado a habilitar la utilización de los embriones” (27).

VI.3. Imposibilidad de renovación del consentimiento por muerte de un participante

De una interpretación exegética del art. 560 Cód. Civ. y Com. referido, con la muerte de la persona habría imposibilidad de renovar el consentimiento, y se vedaría la facultad de realizar una FPM (28).

Por su parte el art. 55 Cód. Civ. y Com. sobre disposición de los derechos personalísimos (y tal sería el relativo a la decisión de procrear un hijo) establece que tal consentimiento no se presume y es de carácter restrictivo.

Al no existir norma alguna en nuestro derecho objetivo que admita la práctica y que supere estos escollos legales, se impone la necesidad de contar con una decisión judicial en cada oportunidad que se pretenda acceder a una FPM, a fin de brindar certezas a todos los implicados (el paciente que se somete a la TRHA, el centro médico, los herederos, entre otros).

Si bien algún fallo razonablemente planteó que “...si el principio de la voluntad procreacional, manifestado en el consentimiento previo, libre e informado, ha sido incorporado a la legislación argentina como la base sobre la cual se estructura la filiación derivada de las TRHA se hace imperativo resguardarlo, con miras a la seguridad jurídica de quienes recurren a ese sistema, evitando interpretaciones laxas sobre su existencia, como sería consagrar voluntades presuntas para después de la muerte o consentimientos por representación” (29). Mas no fue

(27) ALTERINI, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, 2015, t. III, ps. 456/472.

(28) Algunos autores incluso refieren de alguna manera, la muerte es un hecho jurídico que produce la revocación del consentimiento del consentimiento otorgado: LAFFERRIERE, Jorge N., "La fecundación *post mortem* en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial", LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018, 6 - LA LEY, 2018-C, 599 - DFyP 2018 05/09/2018.

(29) CNCiv., Sala B, "D., M. H. y otros s/ autorización", 03/04/2018. LA LEY 29/05/2018. Cita Online: AR/JUR/12809/2018. 18; Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, "C., E. s/ autorización", 05/02/2020. Si bien el caso se re-

esta la interpretación mayoritaria adoptada en los restantes decisorios existentes en la materia.

Nuestra jurisprudencia ha acogido en general, favorablemente las solicitudes de realización de las FPM, y ha sorteado la exigencia legal del consentimiento actual, a través de la construcción de un *consentimiento presunto*, a veces sustentado en las manifestaciones del propio accionante, a veces forzando la interpretación de las cláusulas de los formularios suscriptos por el fallecido en el centro de salud (30), y en la mayoría de los casos, apoyado en declaraciones testimoniales de familiares y allegados (31).

En otros casos, incluso ha considerado irrelevante el consentimiento, por entender que no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico, que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de otras personas (32).

VI.4. El consentimiento presunto

¿Debe entenderse que la mera crioconservación de gametos importa el consentimiento para la práctica de una TRHA?, y más aún, ¿puede convertirse ello en un indicio de la voluntad procreacional del participante fallecido? Entendemos que no.

Sin duda, la preservación de material genético evidencia la intención de procrear en un futuro mediante TRHA, pero no supone que se comparta un proyecto parental con otra persona, ni es prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte. A veces la crioconservación de gametos

fería al supuesto de uso de gametos de un joven fallecido, cuyo padre había depositado para su crioconservación en un centro médico, invocando una representación inexistente: ver comentarios al fallo de Laferriere, Jorge N. citado en nota precedente.

(30) "K., J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo", 03/11/2014, LL AR/JUR/53958/2014.

(31) En el fallo "N. O. C. P. s/ autorización".

(32) C3aCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, "S., M. C. s/ medida autosatisfactiva", 07/08/2014, RC J 6303/14 (en considerando II del fallo).

ni siquiera es accesoria a una TRHA (33). Así lo entendió la jurisprudencia en “C., E. s/ autorización” (34).

Distinto es el caso de la crioconservación de embriones, no solo por razones deontológicas y de necesaria protección de su dignidad, sino por entender que el disponer del propio material genético y luego consentir la formación de un embrión, revela la existencia de un proyecto parental con el otro progenitor, que también ha otorgado su consentimiento para llevarla a cabo.

Así lo explica Farnós Amorós con relación a la legislación española (35), que admite el consentimiento presunto para las transferencias embrionarias *post mortem*: “...A diferencia de lo que ocurre con los gametos, el inicio del proceso de FIVTE con preembriones creados antes de la muerte del hombre, se considera suficiente para presumir su consentimiento, por lo que la mujer puede solicitar la implantación de los preembriones dentro de los plazos legales. En estas circunstancias, la determinación de la filiación se basa en la presunción de que, si el hombre no revocó el consentimiento otorgado en vida, al morir mantenía la voluntad de continuar el proyecto parental iniciado con su pareja” (36).

(33) RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M., "Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem", *Oñati Socio-Legal Series* 7:1 (2017) 179-204.

(34) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 7, 05/02/2020. Cita on line: TR LALEY AR/JUR/158/2020. En igual sentido GERI, Leonardo "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina", *Revista Bioética y Derecho* nro. 46, Universidad de Barcelona, 01/10/2019.

(35) Ley 14/2006 referida que en su 9º.2 establece como regla general que no se podrá determinar legalmente la filiación ni reconocérsele efecto legal a la relación entre el nacido por aplicación de las TRHA, si el material genético no se hallase en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del hombre. Pero el marido podrá prestar su consentimiento para que su material reproductor sea utilizado dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento.

(36) ARNÓS AMORÓS, Esther, "Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones", *Atelier*, Barcelona, 2011, p. 249.

Por ello entendemos que solo debería admitirse el consentimiento presunto para la transferencia *post mortem* de embriones crioconservados al tiempo de la muerte de uno de los participantes, como culminación de un proceso procreativo ya iniciado y consentido. Así lo resolvió la jurisprudencia en autos “A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social-Sempre s/ amparo” y “C., M. S. s/ autorización judicial” (37).

No admitirlo produciría consecuencias altamente disvaliosas para el embrión: que siga criopreservado, o que eventualmente se peticione su eliminación, o su destino a la investigación, ello al no estar regulada en nuestra legislación la adopción prenatal.

En cuanto a las demás variantes de FPM solo debería admitirse excepcionalmente su realización y exigirse el consentimiento expreso del fallecido, para continuar con el proyecto parental en una TRHA después de su muerte.

Porque reiteramos, autorizar la fertilización con dicho material, involucra derechos personalísimos del difunto, inherentes a su persona y dignidad y que son, por naturaleza, intrasmisibles.

Y aquí se abre un nuevo abanico de interrogantes, vinculados a la validez de anticipar tal consentimiento.

Consideramos que el caso del fallo en comentario presenta particularidades, dado que el causante prestó notarialmente dos consentimientos informados para avanzar en las TRHA (además del expresado para depositar su semen), pero no debe soslayarse que en tales documentos omitió referir la posibilidad del uso de sus gametos después de su deceso (máxime cuando la muerte era un riesgo de la enfermedad y de la intervención quirúrgica a practicársele).

Y la sentencia lo reconoce al referir que “lo deseable sería que no queden dudas sobre la vo-

(37) Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social - Siempre s/ amparo", 30/12/2015, confirmado por CCiv., Com., Lab. y de Minería, Santa Rosa, La Pampa, Sala 3, 26/10/2016 y por el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia.

luntad procreacional, para no tener que acudir a la presunción...” pero pese a ello, reitera en cuatro párrafos de sus considerandos, que sustenta su decisorio en la “presunción de que el fallecido mantuvo su consentimiento para continuar con el proyecto familiar incluso en caso de fallecer...”

La valoración del consentimiento en el caso de que el material genético sea utilizado *post mortem*, debe ser más rigurosa que en las TRHA por actos entre vivos. Su interpretación debe ser restrictiva y deben extremarse las medidas a fin de acreditar que el consentimiento del fallecido se haya manifestado en forma clara, libre y deliberada en pos de continuar la TRHA después de la muerte (38).

Incluso existen voces en el notariado que postulan abandonar los contratos de adhesión utilizados por los centros de salud, en el marco de los cuales se suscriben habitualmente los consentimientos informados, y realizarlos ante un escribano, lo que permitiría contar con el debido asesoramiento jurídico, y sobre todo en el caso de supuestos de FPM, proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública, en pos de la seguridad jurídica preventiva (39).

(38) La European Society of Human Reproduction and Embryology, y las legislaciones favorables a las prácticas de FPM, avalan la utilización *post mortem* de gametos y de embriones siempre que el fallecido lo haya consentido por escrito. La misma opinión sostiene el Ethics Committee de la American Society for Reproductive Medicine. Pennings G, "ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction", Human Reproduction 21:12 (2006) 3050-3053. Conforme cita de GERI, Leonardo, "Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem*. Criterios para su regulación en Argentina", Revista Bioética y Derecho nro. 46, Universidad de Barcelona, 01/10/2019. En igual sentido el proyecto de Cód. Civ. y Com. preveía que el consentimiento estuviere documentado con ciertas formalidades y previera la posibilidad de proseguir con el plan parental (en el caso transferencia embrionaria) en caso de fallecimiento.

(39) MONTEROS, Luciana - PASQUINI, Donatella, "El consentimiento previo, informado y libre en las TRHA otorgado por escritura pública y su inscripción", XXXI Encuentro Nacional del Notariado Novel. http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2020/XXXI-Encuentro-Nacional-del-Notariado-Novel/trabajos-tema-1/TRABAJO_06.pdf.

Rodríguez Guitián sostiene: "...el uso del material genético del difunto, con fines de reproducción tras su muerte, requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho de autodeterminación y la integridad física: en caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que puede permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas...pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando, con la figura de las donaciones de órganos. Primero porque no es indiscutible que el material genético pueda equipararse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en este ámbito se caracteriza por ser anónimo)" (40).

VII. Frente al silencio legal, las voces de la jurisprudencia

La ausencia de una normativa que regule la FPM, motivó los diferentes planteos judiciales y las consecuentes resoluciones que fueron analizados a lo largo del presente trabajo.

Advertimos que frente a la obligación de los jueces de resolver los asuntos que les son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (de conformidad con lo establecido en el art. 3° del Cód. Civ. y Com.), la jurisprudencia construyó un andamiaje jurídico a partir del principio de legalidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional

(40) RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M., "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", publicado en www.colectivoderecho.com. CNCiv., Sala B, "D., M. H. s/ autorización", 04/2018. Fallo Inédito citado en "C. E. s/autorización". En igual sentido KRASNOW, Adriana, "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP, 07710713, p. 18, considera que: "...sólo nacerá el vínculo filial si el causante en vida manifestara su voluntad de que los embriones fecundados con sus gametos sean transferidos a su pareja después de su muerte".

que reza que “[...]ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” para colegir que la práctica no está prohibida, y por ende no existe impedimento alguno para realizarla.

Los pronunciamientos se apoyan en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *in re* “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (41) que reconoce el derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TRHA, como derivación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar. Y en tal sentido señalan que la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercerla.

Doctrina que, sentada en base al art. 29 b) de la Convención Americana, determina el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivados de sus arts. 11.2 y 17.2 que extienden el derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, para el ejercicio de la autonomía reproductiva y el consecuente derecho a la paternidad/maternidad al formar una familia.

Y fundamentalmente invocan la regulación local de las TRHA, cuyo objetivo es ampliar los derechos en la materia y garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1° ley 26.862).

La mayoría de los fallos citados, con excepción del dictado por el Tribunal mendocino (42), omiten consideraciones relativas a los eventuales derechos filiales y sucesorios de los niños eventualmente engendrados, argumentando la falta de regulación, lo que exigiría una nueva declaración judicial al respecto.

(41) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf.

(42) C3aCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, “S. M. C. s/ medida autosatisfactiva”, 07/08/2014, RC J 6303/14 negó vocación sucesoria en virtud de que la herencia se defiere al momento de muerte del causante.

El principio de realidad impone la inminente necesidad de regular con precisión una práctica excepcional como es la FPM, que se ha extendido a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.862, al permitir el acceso integral a las TRHA y su obligatoria cobertura por parte de los efectores de salud.

En caso contrario, serán los jueces quienes seguirán construyendo un mosaico de soluciones diversas para resolver los conflictos generados en torno a ella, en desmedro de la seguridad jurídica de todos los involucrados.

VIII. Conclusiones

a) La falta de regulación de la FPM, genera una manifiesta inseguridad jurídica en materia de filiación, identidad, autonomía de la voluntad procreacional, incluso respecto de los derechos sucesorios, al dejar librados a la discrecionalidad judicial, aspectos trascendentes vinculados a la dignidad de las personas implicadas.

b) La realización de prácticas de FPM solo debería ser admitida excepcionalmente y en su caso, exigirse el consentimiento expreso del fallecido para continuar el proyecto parental en una TRHA después de su muerte.

c) La crioconservación de gametos no constituye un indicio de la voluntad procreacional, ni significa presunción del consentimiento para la práctica de una TRHA del participante fallecido.

d) La valoración del consentimiento informado para el uso de gametos *post mortem* debe de ser más rigurosa que en las TRHA por actos entre vivos. Y su interpretación restrictiva a fin de acreditar que el consentimiento del fallecido se haya manifestado en forma clara, libre y deliberada en pos de continuar la TRHA después de su muerte.

e) Solo debe admitirse el consentimiento presunto para la transferencia de embriones crioconservados, como culminación de un proceso de procreación asistida, por respeto a su dignidad humana y en protección del derecho a la vida.

FAMILIA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

NULIDAD DE MATRIMONIO

Ocultamiento de un hijo extramatrimonial a quien luego sería su esposa. Omisión de dar a conocer la cualidad negativa de “no trabajar”. Rechazo de la pretensión. Plazo de caducidad.

Con nota de María Magdalena Galli Fiant

1. — Tanto en el Código Civil derogado como en el Código Civil y Comercial, el legislador ha mantenido en un marco de extrema restricción la acción de nulidad de matrimonio por un vicio del consentimiento con un estrictísimo plazo de caducidad de la acción, pasados 30 días de la continuación de la convivencia una vez conocido el vicio. Y la inteligencia de la norma es que al día treinta y uno de conocido el vicio —por más grave que haya significado para el/la nulificante— si no se ha interrumpido la convivencia, está vedada en forma absoluta la pretensión de nulidad a favor del cónyuge inocente porque se halla caduca la acción, al día 31.
2. — Razones de pura lógica jurídica imponen la improcedencia de la pretensión de anular un vínculo ya disuelto por una sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada. La falta de liquidación de la sociedad conyugal al momento de la interposición de la demanda de nulidad no constituye argumento válido para relevar el impedimento de orden lógico de que es imposible anular —es decir privar de efecto jurídico alguno— a un vínculo matrimonial extinguido por obra de un divorcio vincular. No se puede anular lo que ya no existe.
3. — Resulta claramente improcedente adentrarse en los motivos esgrimidos para la petición de nulidad del vínculo matrimonial —ya disuelto— consistente en el conocimiento que tenía el demandado de la existencia de una hija extramatrimonial y su ocultamiento a quien iba a ser su esposa. Aun tal circunstancia fáctica, en cuanto disponible, no hubiera impedido el divorcio por presentación conjunta en el código civil anterior de divorcio causado, y mucho menos en la legislación actual, la cual resulta una normativa de divorcio exclusivamente incausada y ajena a los motivos, aun de gravedad, que hubieren podido generar la ruptura del vínculo.
4. — La existencia de la sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un valladar de orden lógico y ju-

rídico para la procedencia de la acción interpuesta, la cual claramente aparece como una desopilante aventura jurídica cuyo inicio resulta suspicazmente coincidente con los efectos patrimoniales que se imponían a la actora derivados de la pretensión de disolución de la sociedad conyugal, según un convenio arribado entre los entonces cónyuges en el marco del divorcio, con la intervención de profesionales asistiendo a cada parte.

CCiv., Com. y Lab., Reconquista, 16/06/2021. - O. C. A. c. P. G. s/ nulidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/114146/2021]

Expte. CUIJ N. 21-24877297-9

2ª Instancia. - Reconquista, junio 16 de 2021.

1ª ¿Es nula la sentencia apelada? 2ª ¿Es justa la sentencia apelada? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Chapero* dijo:

No habiendo sido sostenido en esta instancia el Recurso de Nulidad interpuesto, y no advirtiendo vicios procedimentales que hagan necesario su tratamiento en forma oficiosa, voto por la negativa.

El doctor *Dalla Fontana* vota en igual sentido y el doctor *Román* se abstiene de votar (art. 26 LOPJ).

2ª cuestión. — La doctora *Chapero* dijo:

1.- La actora C. A. O. en fecha 15/05/2015 interpone acción de nulidad del matrimonio celebrado el día 15/03/1991 con G. P. Alega que en su oportunidad mediante presentación conjunta, ambos cónyuges solicitaron su divorcio vincular (1), en los cuales recauyó sentencia de divorcio en fecha 01/10/2012. Señala que contemporáneamente, por separado celebraron un convenio de disolución de la sociedad conyugal en el que sin dejar sin efecto lo acordado en el marco del divorcio disponía la forma de dividir los bienes de la sociedad conyugal, pero que ante los hechos agravantes de los que tuvo conocimiento en el interín entre ese convenio —de fecha 14/05/2012— y el inicio del incidente de disolución de la sociedad conyugal por parte del ex-cónyuge (2) se vio urgida a iniciar esta acción. Y relata que en ese tiempo ha venido a tomar conocimiento que P. antes de contraer matrimonio, durante el matrimonio y aún después del divorcio mantuvo una vida libertina en detrimento al matrimonio, institución que venera y respeta profundamente.

Relata que quizás como consecuencia de la notoriedad de su divorcio tomó conocimiento que P. antes de casarse se relacionó con una mujer con quien tuvo un hijo y luego con otra mujer con quien tuvo otro hijo, y esto se lo ocultó durante el noviazgo previo y hasta la fecha. Cuenta que al casarse abandonó a esa última pareja y luego de un tiempo de matrimonio comenzó a frecuentar otra mujer, relación que mantiene hasta la actualidad y que por lo tanto ello cometió un verdadero fraude matrimonial ya que de haber conocido esta situación no habría aceptado iniciar nunca una relación con P., por lo tanto nunca se habría casado con él. Manifiesta que ese hecho de ocultamiento, de engaño que de por sí para cualquier persona es deleznable, para ella por sus arraigadas convicciones morales y su profunda formación religiosa es mucho más grave. Y como señala que lo más grave aún es que hay una tercera relación extramatrimonial mantenida en forma oculta, de la cual habría nacido un hijo, lo cual configura una injuria grave o adulterio, pretende que al menos se anule la sentencia de divorcio por presentación conjunta y del convenio de división de la sociedad conyugal por haber sido suscriptos en total desconocimiento de la situación de su ex esposo, cuya conducta no merecía tal tratamiento, sino un divorcio por exclusiva culpa. Y por último señala que además P. luce otra cualidad negativa que permaneció oculta hasta el matrimonio que es la de “no trabajar”, y que por tanto resultó vilmente engañada durante el noviazgo y vergüenza de reconocer que el individuo que vivió a su lado fue un mantenido. La demanda de nulidad se fundamenta en el ocultamiento de la calidad de padre extramatrimonial de dos criaturas nacidas en fecha muy cercanas a la del matrimonio y en forma subsidiaria interpone la pretensión de que se haga lugar al divorcio por injuria grave. La sentencia *a qua* (fs. 442 a 443) rechaza la demanda de nulidad. Para así decidir el juez *a quo* consideró que si la parte actora detenta legitimación activa para la interposición de la acción de marras, en virtud de que a pesar del divorcio vincular, aún penden efectos del matrimonio derivados de la inexistencia de disolución de la sociedad conyugal, sin embargo, no se ha acreditado que el demandado P. sabía que tenía una hija extramatrimonial antes del matrimonio, y —según el juez *a quo*— ese es el quid del asunto. Señala que lo que interesa para la solución del caso no es conocer si el carácter de P. se transformó o su amor por el trabajo desapareció luego de haber contraído matrimonio, sino que lo esencial es conocer si existía alguna cualidad personal ocultada por él, que de haberla conocido la actora no habría consentido el matrimonio, lo cual, no ha sido acreditado.

Contra la sentencia *a qua* se alza la parte actora, y expresa sus agravios de fs. 481 a 506. En un escrito de agravios de desmesurada extensión se queja porque:

- 1) El juez *a quo* demuestra una “incomprensión” de

la demanda, ya que la actora no es que ataca el matrimonio porque el demandado ha llegado al mismo con hijos, sino porque este se presentó a O. diciendo que no tenía hijos, sabiendo que eso era una mentira. 2) El demandado usó la mentira en sus condiciones personales como herramienta para casarse. 3) El juez *a quo* ignoró todas las pruebas en que se apoya la demanda de nulidad, ya que —según la recurrente— se debía esperar el resultado de la prueba de ADN en el expediente de la reclamación de filiación extramatrimonial de la hija nacida con anterioridad al matrimonio, y no lo hizo; como también soslayó analizar la prueba que acredita que P. sabía de la existencia de la hija extramatrimonial con anterioridad al matrimonio —testimonio de G., madre de la hija reclamante—. 4) El juez *a quo* ignoró los testimonios calificados de máxima calidad por la recurrente de G., Z. P. (hermana del demandado), C. P. (sobrina del demandado). 5) Es una reiteración de los agravios anteriores, y critica la omisión de valorar los testimonios de M. J. T., C., S., W. W., S., C. 6) Reitera la crítica por la omisión de valoración de los testimonios brindados por personas de Villa Ocampo. 7), 8) y 9) El juez de grado indica que rechaza una demanda con la que coincide con el planteo y con la eventual resolución (de existir pruebas) cuando todo lo afirmado fue probado, es decir que P. sabía de la existencia de una hija extramatrimonial y lo negó frente a O.

El demandado contesta los agravios (fs. 515 a 543) abogando por la confirmación en su totalidad del fallo alzado.

Con la contestación de agravios y consentida la providencia de pase al Tribunal, el proceso quedó concluido para definitiva.

Adelanto desde ya que no encuentro motivo alguno para modificar el fallo alzado que rechaza la demanda de nulidad de matrimonio, aunque el rechazo que propongo lo fundo en los siguientes argumentos. Me explico.

En primer término, no pasa desapercibido la desmesurada extensión de las piezas recursivas de ambas partes, reñidas con el principio de celeridad y economía procesal que también incorpora en su esencia el valor del tiempo de los magistrados para satisfacer con la mayor diligencia y prontitud la resolución de las causas a cargo (3).

En segundo lugar, previo a adentrarme en el análisis medular de la cuestión debatida he de puntualizar que la pretensión de nulidad esgrimida en autos, importa una pretensión de nulidad relativa, es decir diferente a la nulidad absoluta de un matrimonio por la presencia de impedimentos de parentesco por consanguinidad, por afinidad y adoptivo, de ligamen y de

crimen enumerados en el art. 166 incs. 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del código civil. Tal necesaria delimitación previa, nos revela que en el caso de marras solo se debate un interés particular de un cónyuge, en cuyo seno no se juega ningún orden público familiar, por lo cual, la acción está sujeta a caducidad, es una acción disponible y en la actualidad en el código civil y comercial sujeta a una prescripción de un año (v. art. Art. 425 inc. c)—.

Asimismo no resulta ocioso puntualizar, que “adherimos a la teoría de la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales, creemos que la naturaleza propia del matrimonio y las consecuencias de su nulidad en cuanto afectan no solo a las partes sino también a los hijos y a la sociedad de una manera irreparable, justifican un régimen especial donde las causas de nulidad se encuentren taxativamente determinadas...” (4). La consecuencia de la especialidad, de importancia para el caso que nos ocupa, es que las causales de nulidad son únicamente las que surgen de los arts. 219 y 220 c.c.; y adentrándome ya en la presente causa, la actora O. pretende la anulación del vínculo matrimonial por un vicio de error y/o dolo acerca de las cualidades personales de P., es decir que su pretensión se ha de enmarcar en el art. 220 inciso 4) del c.c. (5).

En lo que refiere a la solución que viene del grado de rechazo de la demanda y que considero correcta, he de comenzar el análisis puntualizando que razones de pura lógica jurídica imponen la improcedencia de la pretensión de anular un vínculo ya disuelto por una sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada. La falta de liquidación de la sociedad conyugal al momento de la interposición de la demanda de nulidad no constituye argumento válido para relevar el impedimento de orden lógico de que es imposible anular —es decir privar de efecto jurídico alguno— a un vínculo matrimonial extinguido por obra de un divorcio vincular (art. 213 inciso 3) c.c.) (6). No se puede anular lo que ya no existe.

Pero más allá de tal argumento de pura lógica y de seguridad jurídica —ésta última fundante de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia de divorcio—, lo cierto es que tanto en el código civil como en el código civil y comercial el legislador ha mantenido en un marco de extrema restricción la acción de nulidad de matrimonio por un vicio del consentimiento —como el error o dolo, alegados por O— con un estrictísimo plazo de caducidad de la acción, pasados 30 días de la continuación de la convivencia una vez conocido el vicio. Y la inteligencia de la norma —reitero, tanto antes como ahora— es que al día treinta y uno de conocido el vicio —por más grave que haya significado para el/la nulificante— si no se ha interrumpido la convivencia, está vedada en forma absoluta la pretensión de nulidad a favor del cónyuge inocente porque

se halla caduca la acción, al día 31. Evidentemente el legislador al establecer —antes y ahora— tal restrictivo régimen para poder anular un matrimonio por un vicio del consentimiento, considera que pasados 30 días, si no se interrumpe —de manera inequívoca la convivencia— se presume la subsanación y/o purga del mismo sin importar su gravedad, así es claro que la ley permite la confirmación de los matrimonios afectados de nulidad relativa.

En autos, el supuesto traído para anulación es completamente fuera de toda previsión normativa, puesto que como no se puede disolver lo ya disuelto, no existe tal previsión legal de facultar la acción de nulidad relativa de un matrimonio disuelto por divorcio vincular. A la vez que en el supuesto fáctico del caso de marras, en virtud de haber operado la disolución derivada del divorcio vincular, no existe el presupuesto fáctico exigido para el cómputo del estricto término de caducidad —cese de la convivencia dentro de los 30 días de conocido el vicio— y aún obviando tal cuestión, se advierte que la actora en su escrito constitutivo de litis omite cualquier precisión temporal respecto al tiempo transcurrido entre el conocimiento de las circunstancias denunciadas como configuradoras del vicio —existencia de una hija extramatrimonial omitida a sabiendas por P. antes de contraer matrimonio— y la interposición de esta demanda; tanto es así que solo remite al “interín” (7) entre el divorcio y/o el convenio de liquidación de sociedad conyugal —acaecido por sentencia de fecha 01/10/2012 el primero, y de fecha 14/05/2012 el segundo— y la interposición de esta demanda en fecha 15/05/2014, lo cual francamente revela la inatendible laxitud de tratamiento pretendida por O. de una causal normativa específica y harto restrictiva —art. 220 inciso 4)—.

Y siguiendo en el análisis de la extrema limitación en 30 días a la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por vicio del consentimiento, salta a la vista que ninguna excepción ha efectuado el legislador en mérito a la gravedad del vicio denunciado. En estos autos, la existencia de la sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un valladar de orden lógico y jurídico para la procedencia de la acción interpuesta, la cual claramente aparece como una desopilante aventura jurídica cuyo inicio resulta suspicazmente coincidente con los efectos patrimoniales que se imponían a la actora derivados de la pretensión de disolución de la sociedad conyugal, según un convenio arribado entre los entonces cónyuges en el marco del divorcio, con la intervención de profesionales asistiendo a cada parte (v. declaración de la abogada C. B. —fs. 335— y de la escribana A. —fs. 311—).

Desde tal marco cognoscitivo, resulta claramente improcedente adentrarse en los motivos esgrimidos

para la petición de nulidad del vínculo matrimonial —reitero, ya disuelto— consistente en el conocimiento que tenía el demandado de la existencia de una hija extramatrimonial y su ocultamiento a quien iba a ser su esposa. Y aún tal circunstancia fáctica, en cuanto disponible, no hubiera impedido el divorcio por presentación conjunta en el código civil anterior de divorcio causado, y mucho menos en la legislación actual, la cual resulta una normativa de divorcio exclusivamente incausada y ajena a los motivos —aún de gravedad— que hubieren podido generar la ruptura del vínculo.

En suma, la palmaria improcedencia de orden de lógico y jurídico de la acción incoada, me conduce a proponer a mis colegas el rechazo del recurso de apelación y la confirmación en todas sus partes del fallo que rechaza la demanda, con costas a la actora perdedora. Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión y luego de analizarla, el doctor *Dalla Fontana* vota en igual sentido y el doctor *Román* se abstiene de votar (art. 26 LOPJ).

3ª cuestión. — La doctora *Chapero* dijo:

Que atento al resultado precedente, corresponde adoptar la siguiente resolución: 1) Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. 2) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora. 3) Imponer las costas de esta instancia a la recurrente vencida. 4) Regular los honorarios profesionales de segunda instancia de los letrados actuantes en el...% de la regulación firme de primera instancia.

A la misma cuestión el doctor *Dalla Fontana* vota en igual sentido y el doctor *Román* se abstiene de hacerlo en virtud del art. 26 de la LOPJ.

Por ello, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Cuarta Circunscripción Judicial resuelve: 1) Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. 2) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora. 3) Imponer las costas de esta instancia a la recurrente vencida. 4) Regular los honorarios profesionales de segunda instancia de los letrados actuantes

en el ...% de la regulación firme de primera instancia. Regístrese, notifíquese y bajen. — *María E. Chapero*. — *Santiago Dalla Fontana*. — *Alejandro A. Román*.

(1) Autos “P, Gy otros s/ Divorcio por Presentación Conjunta”, Expte. N° 286/2012.

(2) Autos “ P G c/ O C A s/ Incidente de Disolución de sociedad conyugal”, Expte. N° 244/2014

(3) Es que “dentro de la “economía de esfuerzos” se encuentran todas las disposiciones legales y reglamentarias del derecho de fondo o procesal, que facilitan o resumen la actividad procesal, entre otras (...) h) Las que, como las dispuestas por la tan mentada acordada N. 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sistematizan los requisitos formales de los recursos extraordinarios (entre los cuales se destaca la extensión máxima que puede alcanzar el respectivo escrito”. BARBIERO Sergio, GARCIA SOLA, Marcela “Lineamientos del principio de economía procesal”, del Libro “Principios procesales”, tomo I, pág.415, editorial Rubinzal Culzoni.

(4) BUERES, Alberto, HIGHTON, Elena, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, tomo 1B, pág. 238. HERNANDEZ, Lidia, “Acerca del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515”, cita ONLINE AR/DOC/15257/2001.

(5) Art. 220: Es de nulidad relativa (...) 4) Cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 175. La nulidad solo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia.

(6) El vínculo matrimonial se disuelve: 1) Por la muerte de uno de los esposos; 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3) Por sentencia de divorcio vincular.

Improcedencia de la nulidad luego del divorcio

María Magdalena Galli Fiant (*)

Sumario: I. El caso resuelto.— II. La nulidad matrimonial por vicios del consentimiento.— III. El interés subyacente: la caída del convenio patrimonial.— IV. Análisis actual de conflictos pasados.

I. El caso resuelto

1.1. La sentencia de la Cámara de Apelaciones en 2021

El 16/06/2021, la Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial y laboral de la 4° Circunscripción Judicial de la provincia de Santa Fe, con sede en la ciudad de Reconquista, confirmó el rechazo de la demanda de nulidad del matrimonio por vicios del consentimiento promovida por la excónyuge luego de la firmeza de la sentencia de divorcio por presentación conjunta. La argumentación que llevó a confirmar el rechazo de la demanda recaído en Primera Instancia estuvo a cargo de la vocal preopinante, Dra. Chaperó, a cuyo voto adhirió el vocal Dalla Fontana, mientras que el Dr. Román se abstuvo de pronunciarse, haciendo uso de la facultad prevista en el art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la provincia. La comprensión de los fundamentos del rechazo requiere un relato sucinto de los hechos de la causa.

El matrimonio entre la Sra. C. A. O. y el Sr. G. P. se celebró el 15/03/1991. Durante la vigencia del Código Civil t.o. ley 23.515, las partes demandaron el divorcio vincular por presentación conjunta y obtuvieron sentencia el 01/10/2012. El 14/05/2012 los cónyuges habían celebrado un

convenio de disolución de la sociedad conyugal en el que previeron la división de los bienes.

Según el relato de la Sra. C. A. O., en el lapso entre la celebración del convenio y el inicio del incidente de liquidación de la sociedad conyugal promovido por su excónyuge, ella tomó conocimiento de que “P., antes de contraer matrimonio, durante el matrimonio y aún después del divorcio mantuvo una vida libertina en detrimento al matrimonio, institución que venera y respeta profundamente”. Invocó la existencia de una relación con una mujer, que habría terminado al celebrar matrimonio, otra sostenida durante la vida conyugal y una tercera que P. mantenía oculta, con hijos nacidos de cada una de estas relaciones. Calificó estas conductas como un verdadero fraude matrimonial, ya que de haber conocido esta situación no habría aceptado iniciar una relación con P. ni casarse con él; y destacó que el ocultamiento y el engaño era más grave en su caso por sus convicciones morales y profunda formación religiosa. Agregó otra cualidad negativa del Sr. P., que según la actora permaneció oculta hasta el matrimonio, y que fue la de no trabajar y ser un mantenido.

Sobre esa base fáctica, la excónyuge demandó la nulidad del matrimonio, fundada en el ocultamiento de la calidad de padre extramatrimonial de hijos nacidos en fecha muy cercanas a la celebración del matrimonio. Y, con carácter subsidiario, interpuso la pretensión de que se haga lugar al divorcio por injurias graves, previa anulación de la sentencia de divorcio por presentación conjunta y del convenio de división de la sociedad conyugal por haber sido suscriptos desconociendo que había causales que

(*) Abogada especialista en Derecho de Familia de la UNL. Profesora titular ordinaria de Derecho de Familia de la FAC de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y de la FAC de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Codirectora de la Especialización en Derecho De Familia UNL y directora del Registro de aspirantes a guarda con fines adoptivos de la provincia de Santa Fe.

hubieran sustentado un divorcio por culpa exclusiva del esposo.

El rechazo de la demanda por parte del juez Civil y Comercial de Reconquista se fundó en que no fue acreditado que el Sr. P. supiera de su paternidad extramatrimonial antes de celebrar matrimonio. Así, el a quo sentó la trascendencia dada a ese conocimiento previo para determinar la existencia o no de una cualidad personal ocultada por el contrayente. En cuanto a la admisibilidad de la demanda de nulidad luego de la firmeza de la sentencia de divorcio, entendió que la actora detentaba legitimación activa ya que a pesar del divorcio vincular, aún estaban pendientes efectos del matrimonio derivados de la inexistencia de disolución de la sociedad conyugal.

La vocal preopinante en Cámara trae resumidamente los agravios de la apelante, cuya desmesurada extensión en el expediente destaca negativamente. El punto central de su queja se basó en la valoración de la prueba realizada por el juez de Primera Instancia, especialmente en no haber considerado relevantes las declaraciones testimoniales entre las que se incluyó a la madre de la supuesta hija extramatrimonial de P., cuya vinculación genética aún estaba en curso de demostrarse con una prueba de ADN pendiente de resultado. La contestación de agravios del demandado se centró en postular la confirmación de la sentencia apelada.

Para la confirmación de la sentencia, el Tribunal partió de destacar el carácter relativo de la nulidad debatida, donde solo el interés particular de un cónyuge está comprometido. Así, al no estar en juego el orden público familiar, la acción está sujeta a caducidad, es una acción disponible y en el Código Civil y Comercial también está sujeta a una prescripción de un año. Enmarcó la causal de nulidad en el vicio de error y/o dolo acerca de las cualidades personales de P., conforme al art 220 inc. 4 del Código Civil vigente al momento de la celebración de las nupcias. Sentado ese marco jurídico, consideró “de pura lógica jurídica” sostener la improcedencia de la pretensión de anular un vínculo ya disuelto por una sentencia firme de divorcio vincular, resultado no conmovido por la pendencia de la liquidación de la sociedad conyugal al momento de la interposición de la demanda de nulidad.

En ese contexto, sostuvo, tanto en el Código Civil como en el Cuerpo hoy vigente, la nulidad por vicios del consentimiento se ha mantenido en un marco de extrema restricción, con un estricto plazo de caducidad de la acción pasados 30 días de la continuación de la convivencia una vez conocido el vicio que hacen presumir la subsanación y/o purga de este sin importar su gravedad. Resaltó también que en este caso de matrimonio previamente disuelto por divorcio, no existía el presupuesto fáctico exigido para el cómputo de dicho término de caducidad, y que aun obviando tal cuestión, la actora había omitido cualquier precisión temporal respecto al tiempo transcurrido entre el conocimiento de las circunstancias denunciadas como configuradoras del vicio — existencia de una hija extramatrimonial omitida a sabiendas por P antes de contraer matrimonio— y esta demanda, interpuesta recién el 15/05/2014. Para la Cámara, la existencia de la sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada constituyó un valladar de orden lógico y jurídico para la procedencia de la acción de nulidad, que por las circunstancias del caso particular aparece como una “desopilante aventura jurídica cuyo inicio resulta suspicazmente coincidente con los efectos patrimoniales que se imponían a la actora derivados de la pretensión de disolución de la sociedad conyugal, según un convenio arribado entre los entonces cónyuges en el marco del divorcio, con la intervención de profesionales asistiendo a cada parte”. Por tal razón, la Alzada consideró improcedente adentrarse en los motivos esgrimidos para la petición de nulidad basada en el ocultamiento de la paternidad extramatrimonial por parte del futuro esposo, ya que tal circunstancia fáctica, en cuanto disponible, no hubiera impedido el divorcio por presentación conjunta en el Código Civil anterior de divorcio causado.

1.2. La sentencia de la Cámara de Apelaciones de 2017

Al momento de analizar este fallo, las peculiaridades del caso nos hicieron advertir la existencia de una sentencia de esta misma Cámara, en los mismos autos, dictada con ocasión del rechazo *in limine* de la demanda de nulidad matrimonial promovida por C. A. O. ante la jueza de Familia de la ciudad de Reconquista.

En esa resolución, la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de la 4ª Circunscripción Judicial de Santa Fe con sede en Reconquista, integrada por los vocales Chaperó, Dalla Fontana y Casella, revocó por unanimidad la sentencia de grado que había rechazado *in limine* la demanda de nulidad de matrimonio planteada por la actora luego de encontrarse firme la sentencia de divorcio. El Tribunal se basó en las particularidades de la acción de nulidad del matrimonio, que podría conducir a la anulación de la sentencia de divorcio por presentación conjunta, en tanto cosa juzgada irrita.

El Tribunal de Alzada dispuso que el Juzgado correspondiente provea el trámite de la demanda, situación que explica que la sentencia de grado sobre la cuestión de fondo haya sido dictada por un juez Civil y Comercial, subrogante legal de la única jueza de Familia con sede en Reconquista (1).

No podemos dejar de señalar cierta contradicción entre ambas resoluciones, sobre todo por el peso argumental dado a la *existencia de la sentencia de divorcio vincular pasada en autoridad de cosa juzgada como un valladar de orden lógico y jurídico para la procedencia de la acción de nulidad*, como dice la sentencia de 2021.

II. La nulidad matrimonial por vicios del consentimiento

II.1. Sobre la ley aplicable

Aunque este tópico no fue materia de debate, los Considerandos de la sentencia hacen mención del régimen del Código Civil derogado y del Código vigente. En casos como el de autos, en los que la celebración del matrimonio cuestionado y la sentencia definitiva trazan una línea temporal que atraviesa dos regímenes legales diversos, es importante recordar las reglas sobre ley aplicable en el tiempo.

(1) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, provincia de Santa Fe, "O. C. A. c. P. G. s/ nulidad de matrimonio", 30/03/2017, publicada en MicroJuris, cita on line MJ-JU-M-106097-AR. Hemos hecho referencia a esta sentencia en nuestro comentario a fallo titulado Nulidad del matrimonio por ligamen y daños, publicado en RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, AR/DOC/2977/2019

La ley vigente a la fecha de la celebración rige los requisitos de existencia y validez del matrimonio, como lógica consecuencia de que se está juzgando la eficacia de un acto conforme al marco normativo que regía al tiempo de su otorgamiento. Mientras que los efectos de la nulidad se rigen por la ley vigente al tiempo de la sentencia firme, por imperio del art. 7º, Cód. Civ. y Com.

En casos de nulidad por dolo provocado por el contrayente —situación que determina su mala fe y la buena fe de la víctima— existen diferencias entre las soluciones previstas en el Código Civil y en el Código vigente al tiempo de la resolución en un punto fundamental: mientras el cónyuge de buena fe conservaba derecho a solicitar alimentos de toda necesidad según el art. 222 Cód. Civil, en el régimen actual no subsiste ningún derecho alimentario a su favor pero está legitimado para solicitar compensaciones económicas en los términos de los arts. 441 y 442, según el art. 429 a) Cód. Civ. y Com. Otros efectos se mantienen: la legitimación del cónyuge de buena fe para reclamar daños y perjuicios, y las opciones con las que cuenta para la distribución de los bienes, si estaban bajo el régimen de comunidad.

También existe otra diferencia importante: las condiciones para el ejercicio de la acción. En el régimen del Código Civil, el cónyuge víctima del vicio, siempre y cuando hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haberlo conocido, podía ejercer la acción de nulidad en todo tiempo anterior a la muerte de su consorte. En el Código Civil y Comercial se ha previsto el plazo de un año para interponer la demanda, contado desde la cesación de la cohabitación. En el caso en comentario, la acción ya se había promovido con anterioridad al cambio legal.

II.2. Sobre el consentimiento matrimonial viciado y los engaños entre cónyuges

Por su vinculación con los hechos del caso, también es pertinente recordar algunas de las particularidades del error y del dolo como vicios del consentimiento matrimonial.

El error invocable sobre las cualidades personales debe ser esencial y determinante, por lo que debe acreditarse que la persona no lo habría celebrado de no mediar ignorancia o conocimiento equivocado acerca de ellas. Siendo un error espontáneo, la acreditación de tales

extremos será estricta a la hora de juzgar su suficiencia para provocar la nulidad matrimonial. Las cualidades personales esenciales deben ser desconocidas al tiempo de celebrar el matrimonio por quien invoca el error como vicio del consentimiento, y no serán causa fundante de la nulidad si se determina que ya eran evidentes antes del acto.

El engaño doloso que, por acción u omisión, vicia el consentimiento debe ser grave, determinante de la voluntad, causar un daño importante y no ser recíproco (art. 272 Cód. Civ. y Com.). La gravedad del engaño debe ser evaluada en el contexto del acto de celebración del matrimonio, cuya concreción supone un grado de reflexión superior a la de otros actos habituales o repetidos a lo largo de la vida. El carácter determinante implica que de no mediar el artificio, astucia o maquinación el consentimiento matrimonial no se habría otorgado, y no puede invocarlo aquel que, a su vez, es autor de una conducta reprochable equivalente. En cuanto al daño, la sola circunstancia de haber determinado la celebración de un matrimonio configura un perjuicio de suficiente importancia para el proyecto de vida del afectado.

Como todos los vicios del consentimiento, el error o el engaño debe ser contemporáneo al otorgamiento de la voluntad matrimonial. La acreditación de otras conductas del cónyuge durante el matrimonio, cualquiera sea su gravedad o relevancia para afectar la continuidad de la comunidad de vida, no abona una nulidad matrimonial (2). En el caso es de destacar tam-

(2) La falta de acreditación del error u ocultación de cualidades personales esenciales preexistentes al matrimonio determinó el rechazo de la demanda de nulidad en un caso resuelto por la jueza de Trámite del Tribunal Colegiado n° 7 de Rosario, provincia de Santa Fe. En la especie se dijo que si transcurrieron 14 años de conocimiento mutuo entre las cónyuges resulta imposible aceptar que la actora desconozca la orientación sexual del contrayente a los fines de solicitar la nulidad del matrimonio; asimismo, aunque el demandado haya mantenido una relación homosexual durante la vigencia del matrimonio, no se configura en el caso el error en las cualidades personales del contrayente, ni la orientación sexual que pretende imputarle la actora es preexistente a la celebración del matrimonio, para operar como vicio de la voluntad y causal de nulidad del matrimonio, puesto que se ha probado que el demandado es heterosexual. Ver Trib. Colegiado n° 7 de Rosario, "P. S. c. M. N. s/ nulidad de matrimonio, 23/06/2021, DFyP 2021 (octubre), 27, con nota de MOURELLE de TAMBORENEA, Ma-

bién cuál fue la causal por la que se tramitó el divorcio entre las partes: la presentación conjunta (art. 215 Cód. Civil); en tal contexto se tornan inaccesibles las razones del conflicto matrimonial que llevaron a la ruptura, pero sí queda claro que esas razones existieron. Nada indica en el caso que hayan existido razones diferentes a las cualidades negativas que la Sra. C. A. O. denunció luego en el Sr. P. —su falta de contratación al trabajo, su estilo de vida, sus relaciones extramaritales—.

En el caso de autos, la acreditación del enclave temporal y el carácter determinante de la supuesta ocultación dolosa debería haber sido reforzadamente contundente, si se pretendía derribar la firmeza de la sentencia de divorcio. Lejos de eso, la apreciación integral de la estrategia judicial seguida por la actora hace presumir una pretensión de incumplir el convenio patrimonial. Esgrimió un argumento efectista: las conductas graves del excónyuge hacen intolerable que se le reconozca una pretensión patrimonial —como la que buscaba con la ejecución del convenio—. Eligió atacar de raíz la validez del matrimonio para lograr, como efecto derivado, la caída del acuerdo celebrado con asesoramiento letrado en el marco de un divorcio por presentación conjunta.

Con relación al abuso del derecho en las relaciones de familia, dice Méndez Costa que "sigue siendo verdad que las instituciones familiares se encuentran preñadas del sentido que le imprime la naturaleza misma... sentido del cual se apartan los actos abusivos con consecuencias dañosas en sí y riesgosas para el bien personal y el bien común. Sustraerlos al amparo legal ... permite resolver en justicia algunas penosas cuestiones evitando otras vías de superación de más grave incidencia sobre los vínculos familiares y sus vivencias" (3). Estas palabras bien pueden ser aplicadas al abuso en el ejercicio de la acción de nulidad por parte de la actora, cuya pretensión es calificada de "desopilante aventura jurídica" por la Cámara.

ría Cristina y KAZMIRCZUK, Pamela, Cita online: AR/JUR/114334/2021

(3) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Los principios jurídicos en las relaciones de familia", Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 377 y ss.

III. El interés subyacente: la caída del convenio patrimonial

Según se relata en la sentencia en comentario, los cónyuges celebraron un convenio de disolución de la sociedad conyugal en el que previeron la división de los bienes, y lo hicieron unos meses antes de la sentencia de divorcio. La demanda de nulidad matrimonial fue iniciada justamente a raíz del incidente de disolución de la sociedad conyugal promovido por el excónyuge. En este punto remarcamos la imprecisión del uso del término *disolución*, por cuanto el régimen se encontraba extinguido —disuelto— por la sentencia de divorcio, sin perjuicio de la pendencia de la liquidación y partición de los bienes de la comunidad, que el Sr. P. pretendía ejecutar según lo convenido oportunamente.

Aunque la estrategia de la actora fue mucho más drástica que la de atacar la validez del convenio —como lo hemos señalado más arriba— resulta claro que ese era el efecto buscado, o al menos el principal objetivo. Esto nos lleva a abordar un tema muy interesante, aunque cada vez menos frecuente a medida que nos alejamos de la época de vigencia del Código Civil. Tema que aún puede aparecer ante indivisiones pos-comunitarias de larga data, que hay que liquidar y partir en vida o luego de la muerte de los cónyuges. Se trata del análisis de validez de los convenios celebrados antes del divorcio.

Así, un camino posible hubiese sido el de cuestionar la validez del convenio de división de bienes, sin necesidad de conmovir los efectos de la cosa juzgada sobre la sentencia de divorcio, invocando los vicios de los actos jurídicos, e incluso la lesión subjetiva (4). Otra vía de cuestionamiento, largamente transitada por la doctrina y la jurisprudencia, fue la relacionada con la validez o nulidad de los convenios patrimoniales celebrados durante la vigencia del matrimonio, a la luz del art. 1218 de Código Civil. Méndez Costa, quien analizaba como nadie todas y cada una de las cuestiones relativas al régimen patrimonial matrimonial, decía al respecto: “Es frecuente que los esposos quieran acordar

convencionalmente algunos aspectos relativos a la disolución y partición de la sociedad conyugal por encontrarse separados de hecho o enfrentar un juicio de divorcio. Vinculados con un régimen patrimonial, en principio, imperativo e inmutable y con la prohibición de la mayoría de los contratos entre cónyuges, tales convenios son nulos. Pero la solución no resulta tan directa y simple cuando la efectivización de los mismos se pretende recién después de disuelta la sociedad conyugal...” Sobre estos últimos, la autora nos enseñaba que se trata de negocios jurídicos condicionados a la extinción del régimen patrimonial matrimonial por la sentencia que la determina, por lo que lo implicado no es una cuestión de validez sino de vigencia (5).

Hubo sentencias señeras en la materia. Entre ellas, la del Tribunal de Familia n° 4 de San Isidro de 2001, en el marco de una demanda de homologación de cinco convenios de liquidación de bienes conyugales. Tres de ellos habían sido suscriptos estando vigente la sociedad conyugal, uno en el marco del juicio de divorcio por presentación conjunta y el último una vez dictada la sentencia de divorcio. El Tribunal de Familia accedió a la homologación solicitada, efectuando un análisis de las fechas de suscripción de tales convenios y su posterior ratificación (6).

IV. Análisis actual de conflictos pasados

¿Influye en la interpretación actual de un conflicto antiguo el sistema de principios explícitos e implícitos que rigen el derecho matrimonial vigente? Ciertamente sí, aunque en este caso particular el nuevo régimen de matrimonio con deberes debilitados y divorcio incausado no implica variaciones en la solución que el caso merece y merecía.

Antes y ahora, deben respetarse las decisiones que tomaron los cónyuges para gestionar el conflicto matrimonial y deben honrarse los acuerdos celebrados libremente y con asistencia letrada.

(5) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en MÉNDEZ COSTA, FERRER, D'ANTONIO, "Derecho de Familia", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, t. II, p. 347 y ss.

(6) Tribunal de Familia Nro. 2 de San Isidro, "N., O. c. G. M., M.", 06/04/2001, LLBA 2001, 1334, con nota de Graciela Medina y Mariana Hollweck de Uriarte.

(4) Ver el trabajo sobre el tema, durante la vigencia del Código Civil t.o. ley 23.515, DE MARTÍNEZ, Ana María y BASILE, Carlos Alberto, "Los convenios de partición de la sociedad conyugal y la lesión subjetiva", LA LEY 2006-F, 978

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA ADOPCIÓN

Deber de los jueces de proteger al niño como sujeto más vulnerable. Decisiones que pueden afectar su vida. Rechazo de la adopción y revocación de la guarda que se mantuvo por once años. Voluntad de la madre biológica. Figura del “triángulo socioafectivo” como más beneficiosa para la niña.

Con nota de María Eugenia Pérez Hortal

1. — La decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada no luce respetuosa del principio del interés superior del niño, en tanto al modificar la situación socioafectiva que mantenía —y mantiene— una niña por más de 9 años con principal apoyo en la obligación de respetar el debido proceso legal y la sujeción a las normas adjetivas específicas del proceso de que se trata importó en el caso dar preeminencia a aspectos formales que, aun cuando exigibles, no revestían al tiempo de su valoración la entidad pretendida.
2. — La decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada debe ser revocada, pues la circunstancia de que la madre no hubiera contado con asistencia técnica al tiempo de decidir dar a su hija en adopción ni tampoco en oportunidad de la audiencia celebrada posteriormente no podía llevar, sin más, a restar validez a esa voluntad inicial que fue mantenida en el tiempo, en tanto dicha intención —formulada por una persona de entonces 35 años de edad y con dos hijos— fue ratificada en sede judicial tres años después de encontrarse ya la niña bajo el cuidado de los guardadores, ocasión en la que admitió haber contado con asesoramiento jurídico del defensor de menores sobre el alcance de su postura, reconoció que la entrega de la niña fue voluntaria en la inteligencia de que era lo más beneficioso para ella, y dicha expresión de voluntad fue reiterada nuevamente casi dos años después durante el trámite del juicio de adopción donde expresamente afirmó que no quería perjudicar a su hija y que no era su deseo sacarla del domicilio de los guardadores.
3. — La entrega directa de la niña y la falta de inscripción de los guardadores en el registro pertinente no adquieren en el caso entidad suficiente para sustentar, por sí solas, la decisión que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada.
4. — Más allá de la relevancia que adquiere la existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad, resulta inadmisibles que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva que, como en el caso, existe entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, el que ha demostrado, en principio, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que le fuera confiada.
5. — La ausencia de una declaración previa de adoptabilidad de la niña no puede justificar, en el caso, la resolución que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, pues el proceso de guarda preadoptiva fue iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ordenamiento que expresamente prevé con carácter previo la necesidad de un proceso autónomo de declaración de adoptabilidad de los infantes (arts. 607 a 610), por lo que el referido proceso de guarda preadoptiva se ajustó a las disposiciones entonces vigentes.
6. — La sentencia que dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada es arbitraria, pues una adecuada consideración del principio del interés superior del niño exige ponderar que la niña ha transcurrido prácticamente toda su vida —o toda la que recuerda— en el hogar del matrimonio guardador, producto de la voluntad inicial de la madre que, obviamente, le fue ajena; que está totalmente integrada a la familia de los guardadores en su status de hija y, en forma refleja, considera a estos como a sus padres; que es feliz de poder integrar su historia manteniendo vínculos con su familia de origen y que no ha dudado en manifestar querer vivir con aquellos.
7. — Frente a la inexistencia de circunstancias excepcionales que desaconsejaran la permanencia de la niña en el núcleo familiar de sus guardadores preadoptivos o que demostraran que su estadia generaría un trauma mayor al que se deriva de todo cambio de guarda, no resulta admisible confirmar la decisión que revocó la guarda preadoptiva y rechazó la adopción en cuanto importó modificar la situación de estabilidad —social y afectiva— en la que se encuentra la niña con la posibilidad cierta de someterla a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo, sin certeza sobre sus consecuen-

cias, máxime frente a lo que habría manifestado la infante.

8. — Declarar arbitraria la sentencia que revocó la guarda preadoptiva y rechazó la adopción solicitada no importa soslayar la trascendencia que tienen los lazos de sangre y el derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia que ejerce la guarda con fines de adopción desde hace ya once años respecto de la biológica, cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta; y mucho menos estigmatizar —de modo expreso o solapado— a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso, sino por el contrario, se trata de considerar, entre todos los intereses en juego —legítimos desde cada óptica—, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección.
9. — La sentencia que rechazó la adopción solicitada debe ser descalificada. Se ordena mantener la guarda con fines de adopción a fin de dar una respuesta definitiva a una situación de incertidumbre que se ha mantenido por demasiados años, en tanto se presenta, entre las posibles, como la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, que es la niña; y en ese marco de actuación recurrir al “triángulo adoptivo- afectivo”, como una alternativa saludable para todos los involucrados y, obviamente, para el sujeto de preferente tutela, en tanto permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo; ello, claro está, en la medida en que resulte beneficioso para la infante a quien, oportunamente, deberá oírse y darse debida participación, habida cuenta de la dinámica que domina este tipo de procesos.
10. — En consonancia con la finalidad protectora del interés superior del niño que guía la decisión, la Corte Suprema exhorta a todas las partes intervinientes a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos y, principalmente, a profundizar sus esfuerzos para garantizar a la niña el derecho a crecer en el seno de una familia, a conocer su realidad biológica y a preservar —en su caso— los vínculos con su familia de origen, los que no cabe admitir que puedan verse lesionados como consecuencia de los comportamientos de quienes tienen la obligación de protegerla. Constituye su deber primordial extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo (conf. arts. 3º, 9º, 10 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 11 de la ley 26.061).

11. — Los niños tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aun frente al de sus progenitores; dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención de los Derechos del Niño e infraconstitucional en el art. 3º de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el actual art. 706, inc. c, del Cód. Civ. y Com., así como en la ley de la provincia de Río Negro 4109 (art. 10).
12. — La configuración del interés superior del niño exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple —en su máxima extensión— la situación real del infante.
13. — Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia, si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar.

CS, 21/10/2021. - B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/166358/2021]

COSTAS

Instancia extraordinaria: en el orden causado, en atención al tema debatido.

CSJ 000241/2019/RH001

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021

Considerando:

1º) Que el 3 de julio de 2018, en el marco de un proceso de adopción, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro hizo lugar al recurso de casación deducido por la madre biológica de la niña E.M.B. y revocó la decisión de la Cámara. En tales condiciones, confirmó la sentencia de primera instancia que había dejado sin efecto la guarda con fines de adopción otorgada el 8 de agosto de 2013 al matrimonio C.L.R y C.A.C, rechazado la demanda de adopción solicitada por dicho matrimonio y ordena-

do la restitución de la niña -quien desde los 9 meses vivía con los guardadores- a su madre biológica, sin perjuicio de establecer un régimen de comunicación con los guardadores y su familia extensa. Asimismo, dispuso un tratamiento psicológico para todos los involucrados (fs. 270/283 del expediente principal).

Contra dicho pronunciamiento el matrimonio guardador y la Defensora De Pobres y Ausentes n° 5 de la 1° Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro dedujeron sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen a las presentes quejas.

2°) Que para decidir de ese modo, el superior tribunal destacó que en el caso se habían denunciado inobservancias de forma y de fondo en la tramitación de la causa que tenían severo impacto en la promoción y goce de los derechos humanos tanto de la madre biológica como de su hija.

Después de efectuar una extensa referencia al marco normativo convencional, constitucional y legal aplicable, afirmó que la Cámara al otorgar la adopción simple a pesar de que el trámite de la guarda con fines de adopción estuvo viciado en su origen, había desconocido el debido proceso legal y uno de sus pilares básicos: el derecho de defensa técnica eficaz.

A tal efecto, destacó que se había convalidado la entrega directa de la niña mediante escritura pública, como así también la guarda pre-adoptiva a quienes no estaban inscriptos en el Registro Único de Adoptantes con apoyo en el consentimiento dado por la progenitora en la audiencia a la que había concurrido sin contar con asistencia letrada. Entendió que la ausencia de dicha defensa técnica llevaba a admitir que por su condición de vulnerabilidad -producto de su situación socio-económica y cultural- su voluntad se encontrara viciada por un error esencial, pues la madre desconocía la naturaleza, los alcances y los efectos del acto al que contribuyó a formalizar con su aquiescencia, lo que había tenido claro una vez que contó con defensa técnica y se presentó ante la justicia a fin de requerir que se revocara la decisión adoptada (confr. actas de fs. 40 y 69 del expediente principal).

3°) Que, a renglón seguido, la Corte local consideró que el desconocimiento de la garantía del debido proceso a la madre había afectado el mismo derecho de la niña, lesionado su superior interés y sus derechos de identidad y a no ser separada de su familia de origen por razones fundadas en limitaciones materiales de su progenitora, cuestión esta última que, según sostuvo, había justificado la entrega directa y la guarda pre-adoptiva. Destacó que al margen de que no había existido declaración previa del estado de adoptabilidad, lo que debía, por sí solo, llevar a la nulidad absoluta de la decisión que otorgó la adopción, nin-

guno de los supuestos establecidos por el código de fondo a tal fin se presentaban en el caso, y que dicho ordenamiento era categórico en cuanto a la prohibición de entrega directa en guarda de niños, sea por escritura pública o por acto administrativo (confr. arts. 607, 611 y 634, inciso g, del Código Civil y Comercial de la Nación).

En esa línea de razonamiento, afirmó que la consolidación de lazos afectivos de la niña con los guardadores en atención a su convivencia y crianza desde sus primeros meses de vida, junto a la garantía de estabilidad y centro de vida, como premisas para dar preeminencia al principio nodal del interés superior del niño, claramente había importado hacer valer el transcurso del tiempo como convalidante de un procedimiento irregular, a fuerza de anteponer la ponderación socio-afectiva en términos de estabilidad.

4°) Que asimismo, adujo que la presentación espontánea de los guardadores para confirmar la guarda de hecho no funcionaba como una suerte de dispensa para relevar al juez del deber de ingresar en el análisis de su origen ni de efectuar la correspondiente valoración a la luz del interés de la niña, desde que la prevalencia de dicho interés involucraba el derecho de aquella a la vida familiar, a preservar su identidad y a ser protegida y asistida por el Estado, a más de que se cumplieran con las reglas procedimentales (arts. 7.1, 8.1, 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Expresó que ante la disyuntiva que se planteaba entre mantener el *statu quo* o su reversión, la jurisdicción debía anclar la decisión en principios de peso como el de legalidad, orden público, derechos a la identidad e interés superior del niño y que debía encontrar una solución conforme a derecho, como podría ser otorgar un régimen comunicacional que no separara a la niña de los afectos forjados con los guardadores (art. 556 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por último, sin perjuicio de reconocer la importancia que en estos juicios cobraba el derecho de la pequeña a ser oída, la corte local entendió que lo manifestado por esta a sus 8 años de edad a la época del fallo apelado, no podía ser interpretado y utilizado como fundamento de su interés superior o de su deseo de ser adoptada, pues solo había expresado, en ese momento de su historia, que deseaba vivir con los guardadores.

5°) Que encontrándose comprometidos los intereses de la niña, este Tribunal dio vista de las actuaciones al Defensor Oficial General adjunto ante la Corte quien dictaminó en el sentido de que correspondía dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto había revocado la guarda pre-adoptiva (confr. fs. 229/241 de la queja CSJ 241/2019/RH1 y fs. 62/63 de la queja CSJ 242/2019/RH1).

6°) Que los planteos de los recurrentes atinentes a la inadecuada apreciación del caso bajo el principio del interés superior del niño, suscitan cuestión federal para su examen en la vía intentada, desde que ponen en tela de juicio la inteligencia de una norma de naturaleza federal como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 3 de la ley 26.061 y la sentencia apelada es contraria al derecho que la apelante funda en ella (art. 14, inciso 3°, ley 48; Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307; 341:1733, entre otros).

El principio liminar que las normas mencionadas prevén, la protección del “interés superior del niño” -que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares del caso-, ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que, en este aspecto, sirven de fundamento al recurso (art. 15 de la ley 48).

Por otro lado, en tanto los agravios vinculados con la arbitrariedad de sentencia en punto a la errónea valoración de las circunstancias particulares del caso, a un apego excesivo a las formas y a la omisión de ponderar los informes especializados obrantes en la causa como la opinión de la niña en un asunto que la afecta, se encuentran inescindiblemente ligados con los referentes a la inteligencia de una norma federal, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 328:1883; 330:3471, 3685 y 4331; y 342:584 y 2100, entre muchos otros).

7°) Que con carácter previo al examen de la causa, deviene pertinente puntualizar que al decidir la controversia este Tribunal no puede dejar de ponderar que -como ha sido reiterado en numerosas ocasiones- sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 316:1824; 321:865; 330:642; entre otros), a fin de dar una respuesta que contemple las concretas particularidades que se evidenciaron con posterioridad a dicha oportunidad procesal con entidad para incidir en la resolución del conflicto sometido a su conocimiento, de manera de hacer efectivo un adecuado servicio de justicia.

8°) Que para una mejor comprensión del asunto corresponde recordar que la niña E.M.B. nació el 14 de enero de 2009 y fue entregada por su progenitora el 14 de octubre de 2009, es decir a los 9 meses de edad, al matrimonio C.L.R y C.A.C. a fin de que pudieran cuidarla frente a su imposibilidad de hacerlo.

El 8 de agosto de 2013 la jueza de grado admitió el pedido de guarda judicial solicitada por dicho matrimonio, con apoyo en lo manifestado en la audiencia

por la madre en punto a que la entrega fue voluntaria, a que se asesoró y consultó en la Defensoría sobre la situación, a su deseo de dejarla a los guardadores pero que mantuviera contacto con sus hermanos y a que se le había informado sobre las consecuencias del trámite de adopción y prestaba conformidad por entender que era lo más beneficioso para su hija. Asimismo, hizo mérito de las declaraciones testificales y del informe social elaborado en el caso (confr. fs. 20, 23/27, 32 y 55 del expediente n° 957/2012).

El 18 de noviembre de 2013 el matrimonio guardador solicitó la adopción de la niña; el 26 de agosto de 2014 la progenitora manifestó que se oponía a la adopción de su hija, pese a que no deseaba perjudicarla ni sacarla del domicilio de aquellos, y con posterioridad expresó que se arrepentía y quería recuperarla. El 4 de julio de 2016 la jueza de grado, después de disponer un régimen de encuentros entre la niña, su madre y sus hermanos con supervisión del equipo interdisciplinario y de oír a todas las partes, dejó sin efecto la guarda pre-adoptiva, rechazó la demanda de adopción y ordenó la restitución de la infante -a ese entonces de 7 años de edad- a su madre, de forma gradual acorde a sus necesidades y respetando sus tiempos. Asimismo, dispuso que cumplida la restitución se fijara un sistema de comunicación con la familia guardadora (fs. 10/12, 40, 47, 69, 92, 96, 100, 104, 120 y 126/139 del expediente principal).

El 21 de marzo de 2017 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro revocó dicha sentencia e hizo lugar parcialmente a la demanda al otorgar a los guardadores la adopción simple respecto de la niña E.M.B.; mantuvo el derecho de comunicación con su familia biológica y recomendó a todos los involucrados la realización de un tratamiento psicológico para trabajar la situación familiar. En términos generales, sostuvo que el cambio de guarda decidido -en tanto importaba modificar la situación de hecho en la que se encontraba la pequeña- solo podía ser convalidado si tendía a una efectiva protección de su interés superior y, al valorar los argumentos que sustentaron el fallo apelado, concluyó que el referido interés encontraba concreción en el mantenimiento de su centro de vida junto a los guardadores y en la vinculación con su familia de origen (confr. fs. 203/219 del citado expediente principal).

Finalmente, el 3 de julio de 2018 el Superior Tribunal de Justicia de la referida Provincia, al admitir el recurso de casación deducido por la madre, revocó la sentencia y confirmó el pronunciamiento de primera instancia, decisión esta que es objeto de examen.

9°) Que en situaciones que guardan cierta analogía con el asunto bajo examen, la Corte Suprema ha enfa-

tizado firmemente sobre la necesidad de resolver los conflictos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente (confr. doctrina Fallos: 328:2870; 341:1733 y CSJ 2209/2019/CS1 “L.,M. s/ abrigo”, sentencia del 7 de octubre de 2021).

En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los infantes en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental).

Ello así, pues los niños tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aún frente al de sus progenitores (confr. doctrina Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733). Dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infra-constitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en el actual art. 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación, así como en la ley local 4109 (art.10).

La configuración de ese “interés superior” exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real del infante. Este Tribunal ha subrayado con especial intensidad que aquel principio no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, desde que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se lo satisface (confr. Fallos: 330:642).

10) Que bajo esa premisa, una apreciación conjunta y armoniosa de las particulares circunstancias que presenta el caso como de la situación actual en la que se encuentra inserta la niña E.M.B. conduce a revocar la decisión de la corte local en cuanto dejó sin efecto la guarda con fines de adopción y rechazó la adopción solicitada, desde que no luce respetuosa del mencionado principio cardinal y, con el alcance que surge de este pronunciamiento, admitir ambas pretensiones.

Ello así, pues la decisión de considerar satisfecho el interés superior del niño a partir de modificar la situación socio-afectiva que mantenía -y mantiene- la infante por más de 9 años con principal apoyo en la obligación de respetar el debido proceso legal y la sujeción a las normas adjetivas específicas del proceso de que se trata, importó en el caso dar preeminencia a aspectos formales que, aun cuando exigibles, no revestían al tiempo de su valoración la entidad pretendida; ello, en desmedro de la ponderación de otras cuestiones que en las particulares circunstancias del asunto adquirirían una especial consideración a la hora de definir el contenido del citado concepto y, por lo tanto, permitían dar una respuesta que, dentro de las posibles, resolvía el asunto del mejor modo para los intereses de la niña.

Este Tribunal ha señalado que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar (Fallos: 331:147, 2047, entre otros). Del mismo modo, ha destacado que a la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ellas a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar (confr. doctrina Fallos: 326:3593; 328:4818 y 331:1262), conclusiones que -valga remarcar- adquieren ribetes especiales cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

11) Que la circunstancia de que la madre no hubiera contado con asistencia técnica al tiempo de decidir dar a su hija en adopción ni tampoco en oportunidad de la audiencia celebrada posteriormente, no podía llevar, sin más, a restar validez a esa voluntad inicial que fue mantenida en el tiempo y, en consecuencia, autorizar la decisión apelada.

Ello así, pues dicha intención -formulada por una persona de entonces 35 años de edad y con dos hijos- fue ratificada en sede judicial tres años después de encontrarse ya la niña bajo el cuidado de los guardadores, ocasión en la que admitió haber contado con asesoramiento jurídico del defensor de menores sobre el alcance de su postura -la que manifestó comprender-, reconoció que la entrega de la niña fue voluntaria en la inteligencia de que era lo más beneficioso para ella, incluso cuando se le hubiera proporcionado una casa, ya que no podía cuidarla, y que quería dejársela al matrimonio guardador (confr. fs. 20 del expediente 957/2012). Dicha expresión de voluntad fue reiterada nuevamente casi dos años después durante el trámite del presente juicio de adopción donde expresamente afirmó que no quería

perjudicar a su hija y que no era su deseo sacarla del domicilio de los guardadores (conf. fs. 40 del expediente principal).

Las razones que, pasado un lapso de tiempo considerable, habrían motivado un cambio de criterio respecto de la adopción -las que parecerían, *prima facie*, haber obedecido a que no se habría respetado lo convenido en punto al uso del apellido materno y a la vinculación con sus hermanos, o a un “arrepentimiento”, según sus propias manifestaciones (confr. fs. 40 y 69 de la citada causa)-, no podrían echar por tierra las consecuencias de una clara declaración de voluntad inicial formulada por una persona adulta que no solo no lucía afectada de un grave vicio susceptible de tornarla inválida, sino que, primordialmente, dio lugar a la creación de un vínculo afectivo cuya modificación -en el estadio actual- traería consecuencias inevitables en sus componentes, en especial en la niña. Máxime cuando no se han invocado otros motivos de entidad que sustenten una solución diferente.

12) Que tampoco la entrega directa de la niña como la falta de inscripción de los guardadores en el registro pertinente adquieren en el caso entidad suficiente para sustentar, por sí solos, el pronunciamiento apelado.

No cabe duda de que el respeto al debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales que rigen el instituto de la adopción constituyen premisas fundamentales que no pueden ser soslayadas ni desconocidas tanto por quienes la solicitan como por quienes deben decidir al respecto, en resguardo del citado debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica que deben regir en todo pleito (arts. 18 de la Constitución Nacional). No obstante, frente a situaciones de marcada excepcionalidad como la de autos, a la hora de decidir, la satisfacción del interés superior exige atender a una visión de conjunto.

Este Tribunal ha señalado en distintas oportunidades que los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, particularmente en esta materia, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión (conf. arg. Fallos: 302:1611, 304:1919, 315:992, 323:3139, 326:3593, 328:4818 y 331:1262, entre otros).

En esa línea de razonamiento, si bien es cierto que las irregularidades señaladas constituyen conductas no solo sumamente reprochables sino prohibidas por el ordenamiento de fondo (conf. art. 318 del anterior Código Civil y art. 611 del actual Código Civil y Comercial de la Nación), susceptibles -incluso- de poner en serio riesgo el instituto de la guarda y la adopción de tornarse habituales -tarea en la que todos los operadores judiciales deben comprometer sus esfuerzos para evitarlas-, la corte local no pudo restar entidad a las consecuencias que se derivaban de su sujeción en el caso en concreto, en tanto conllevaban necesariamente a modificar una situación de estabilidad afectiva y social que se mantenía inalterable hace años y en la que, según expresó la niña, deseaba permanecer (confr. fs. 120) , sin evaluar, con el grado de rigurosidad que es exigible en razón de los intereses en juego, la incidencia que dicha modificación podría traer aparejada para la infante.

Análogas consideraciones cabe formular respecto de la falta de inscripción de los guardadores en el Registro Único de Adoptantes. Este Tribunal ha reafirmado el criterio según el cual “más allá de la relevancia que adquiere la existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad, resulta inadmisibles que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva como la aquí considerada entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, quienes han demostrado, en principio, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fuera confiada” (cfr. doctrina de Fallos: 331:147 y 2047; 341:1733).

13) Que no alteran las conclusiones precedentes la ausencia de una declaración previa de adoptabilidad de la niña. Además de que el proceso de guarda pre-adoptiva fue iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ordenamiento que expresamente prevé con carácter previo la necesidad de un proceso autónomo de declaración de adoptabilidad de los infantes (conf. arts. 607 a 610 de dicho ordenamiento), el referido proceso de guarda pre-adoptiva se ajustó a las disposiciones entonces vigentes que, en sustancia, han sido reemplazadas por el referido código en el Título VI, Capítulos 1 a 6. De ahí que la omisión procesal que se endilga no presenta la entidad que se pretende asignarle a los fines de justificar la resolución que se adopta.

14) Que a más de las consideraciones señaladas, la Corte local no pudo negar o neutralizar la importancia y efectos que el paso del tiempo tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación, desde que es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de ma-

duración y aprendizaje, convirtiéndose en un factor que adquiere una consideración especial a la hora de determinar “su interés superior” en el caso en concreto que, como tal, no debe ser desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea. Su tutela es no solo el motivo de la inserción judicial sino la finalidad permanente de toda esta clase de procesos.

No se trata de convalidar o purgar los defectos procesales aquí advertidos ni de propiciar conductas indeseadas o irregulares, sino de evaluar si en las circunstancias particulares del caso -teñidas de una larga permanencia en un ambiente socioafectivo por una decisión que le es ajena a la infante- una sentencia que se asiente en tales aspectos luce respetuosa del principio del interés superior del niño, teniendo como premisa el deber inexcusable de los jueces de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina Fallos: 328:2870). Ello así, pues los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el citado principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adoptan.

Una adecuada consideración del citado principio exigía ponderar que la niña ha transcurrido prácticamente toda su vida -o toda la que recuerda- en el hogar del matrimonio guardador, producto de la voluntad inicial de la madre que, obviamente, le fue ajena; que está totalmente integrada a la familia de los guardadores en su status de hija y, en forma refleja, considera a estos como a sus padres; que es feliz de poder integrar su historia manteniendo vínculos con su familia de origen y que no ha dudado en manifestar querer vivir con aquellos (confr. fs. 23, 25/27, 120, 196, 285/286, 299 del expte. principal).

La convivencia de la niña con dicho matrimonio ya lleva 11 años, en una etapa -como ya se enfatizó- de particular trascendencia para su formación y donde sus necesidades vitales excedían en mucho las meramente materiales ya que apuntaban al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual. En efecto, se encuentra inserta en el núcleo social que reconoce como primario desde los 9 meses a los 11 años en la actualidad, de modo que no puede ignorarse que ello ha dado origen a una constelación de hechos e imágenes, hábitos y afectos, que la infante ha hecho propios y que forman parte de su personalidad.

15) Que en ese escenario, y frente a la inexistencia de circunstancias excepcionales que desaconsejaran su permanencia en ese núcleo familiar o que demostraran que su estada generaría un trauma mayor al

que se deriva de todo cambio de guarda, no resulta admisible confirmar la decisión apelada en cuanto importó modificar la situación de estabilidad -social y afectiva- en la que se encuentra la niña con la posibilidad cierta de someterla a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo, sin certeza sobre sus consecuencias. Máxime frente a lo señalado por la defensora con posterioridad a la sentencia acerca de lo que le habría manifestado la infante (confr. Fallos: 330:642 y 1671; 331:2047; fs. 360, 371, 372 del expte. principal).

Una decisión en tal sentido no importa -como lo ha sostenido esta Tribunal en distintas oportunidades- soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia que ejerce la guarda con fines de adopción desde hace ya 11 años respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar -de modo expreso o solapado- a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata de considerar, entre todos los intereses en juego -legítimos desde cada óptica- el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección de modo que en el “juicio de ponderación” de ellos la medida de no satisfacción de uno dependa del grado de importancia de satisfacción del otro (confr. Fallos: 341:1733 y sus citas).

16) Que en tales condiciones, corresponde descalificar la sentencia apelada y mantener la guarda con fines de adopción en el matrimonio C.L.R-C.A.C. y, a fin de dar una respuesta definitiva a una situación de incertidumbre que se ha mantenido por demasiados años, otorgar la guarda de la niña a dicho matrimonio con el alcance que surge de la sentencia de Cámara, en tanto se presenta, entre las posibles, como la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, que es la niña.

En ese marco de actuación y en circunstancias especiales como las examinadas, este Tribunal ha admitido la necesidad de recurrir a lo que se ha denominado el “triángulo adoptivo-afectivo”, como una alternativa saludable para todos los involucrados y, obviamente, para el sujeto de preferente tutela, en tanto permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo. Ello, claro está, en la medida en que resulte beneficioso para la infante a quien, oportunamente, deberá oírse y darse debida participación habida cuenta la dinámica que domina este tipo de procesos.

Frente a las manifestaciones del matrimonio guardador sobre su conformidad para que el vínculo con la familia biológica se mantenga y continúe en el fu-

turo por resultar beneficioso no solo para la niña sino para su familia de sangre, así como respecto de su colaboración para que dicho vínculo pueda llevarse a cabo (conf. fs. 57, 115, 162 vta., 164 del citado expte.), la propuesta se exhibe como una respuesta que permite conjugar las realidades de la niña de un modo que atiende a “su interés superior”, en su acepción más amplia, sin que las circunstancias destacadas con posterioridad a la sentencia que se cuestiona (conf. fs. 365) puedan eliminar la solución que, al presente y en el contexto de la decisión que se adopta, luce *-prima facie-* como la más respetuosa de los derechos fundamentales de la infante.

Oportunamente, los jueces de la causa, dentro del marco de actuación que les es propio, deberán adoptar las medidas pertinentes para, a más de, como se señaló, oírla. La ley 26.061, como el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, contemplan expresamente la opinión del niño como derecho fundamental, receptando de ese modo lo dispuesto por el art. 12 de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.

17) Que por último, en consonancia con la finalidad protectora del interés superior del niño que guía la decisión que se adopta, el Tribunal exhorta a todas las partes intervinientes a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos y, principalmente, a profundizar sus esfuerzos para garantizar a la niña el derecho a crecer en el seno de una familia, a conocer su realidad biológica y a preservar -en su caso- sus vínculos con su familia de origen, los que no cabe admitir que puedan verse lesionados como consecuencia de los

comportamientos de quienes tienen la obligación de protegerla. Constituye su deber primordial extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo (conf. arts. 3°, 9°, 10 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11 de la ley 26.061).

18) Que atento a la solución propuesta, resulta inoficioso examinar los agravios planteados en la queja CSJ 241/2019/RH1 vinculados con la tempestividad del recurso extraordinario.

Por ello, habiendo tomado intervención el señor Defensor General adjunto, el Tribunal resuelve: 1°) declarar admisible la queja CSJ 242/2019/RH1 y procedente el recurso extraordinario deducido a fs. 292/297 del expediente principal y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia apelada; 2°) hacer lugar parcialmente a la demanda, mantener la guarda, y otorgar la adopción simple de la niña E.M.B. al matrimonio C.L.R.-C.A.C., todo ello con el alcance previsto en el art. 627 del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 16 de la ley 48); 3°) desestimar la queja CSJ 241/2019/RH1, y 4°) Exhortar a las partes en los términos del considerando 16. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja CSJ 242/2019/RH1 al principal con copia del dictamen de fs. 229/241 de la queja CSJ 241/2019/RH1. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Horacio Rosatti*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Vínculo socioafectivo entre NNyA y sus pretensos adoptantes

El impacto del paso del tiempo en la determinación de su interés superior

María Eugenia Pérez Hortal (*)

Sumario: I. Palabras preliminares.— II. La plataforma fáctica del caso.— III. El debate jurisdiccional.— IV. El pronunciamiento de la CS.— V. Reflexiones finales.

“El tiempo es el mejor autor; siempre encuentra el final perfecto.”

Charles CHAPLIN.

I. Palabras preliminares

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (1) se ha pronunciado (2) sobre uno de los debates que más fervientes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales ha despertado en torno a la institución de la adopción: la convalidación de los lazos socioafectivos entre pretensos adoptantes y adoptados aun cuando la génesis del vínculo obedezca a una guarda de hecho, a partir de la entrega directa y voluntaria de la progenitora biológica de la niña al matrimonio de guardadores.

En un pronunciamiento coherente con el paradigma constitucional convencional con el que deben abordarse los entuertos jurídicos que comprometen los intereses de niños, niñas y

adolescentes (3), nuestro máximo tribunal de sentencias resolvió acoger el recurso extraordinario deducido por los guardadores, y en consecuencia hacer lugar parcialmente a la demanda de adopción interpuesta, mantener la guarda y otorgar la adopción simple de la niña al matrimonio de guardadores. Revocando de este modo la resolución del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro, en cuanto había dejado sin efecto la guarda, rechazado la demanda de adopción y ordenado la restitución de la niña de 9 años —quien convivía desde sus 9 meses de vida con el matrimonio de peticionantes— a su madre biológica.

Si bien la CS ratifica al resolver el caso, la aplicación del principio del interés superior del niño (4) como la brújula que enseña el camino para desanudar el conflicto en salvaguarda de los derechos de la niña involucrada en el asunto, recurre al diálogo no tan solo de fuentes del derecho, sino con la historia vital de la niña E. cuyo escenario transcurrió, prácticamente durante toda su existencia, en el seno de la familia de sus pretensos guardadores.

(*) Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Vocal titular de la Sala Quinta del Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba. Adscripta de Derecho Privado VI, Familia y Sucesiones (Universidad Nacional de Córdoba).

(1) En adelante CS.

(2) CS, "B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación", 21/10/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/166358/2021.

(3) En adelante NNyA.

(4) En adelante ISN.

II. La plataforma fáctica del caso

Los hechos del caso cuyo comentario hoy nos convoca, tienen como protagonista a la niña E. M. B., nacida el 14 de enero de 2009, a quien su madre entregó voluntariamente a sus nueve meses de vida, al matrimonio conformado por C. L. R. y C. A. C., para que pudieran cuidarla frente a su imposibilidad material de hacerlo. La niña —de 11 años de edad a la época de la resolución de la CS— convivió con el matrimonio desde entonces, forjando un verdadero vínculo paterno-materno-filial socioafectivo.

Iniciados los trámites de ley a fin de obtener el emplazamiento legal de la niña como hija de C. L. R. y C. A. C., el 8 de agosto de 2013 la jueza de grado admite el pedido de guarda judicial peticionada por el matrimonio, formalizándose la solicitud de adopción el 18 de noviembre de 2013. Nueve meses más tarde, el 26 de agosto de 2014, la progenitora manifestó que se oponía a la adopción de su hija, pese a que no deseaba perjudicarla ni sacarla del domicilio de aquellos, y con posterioridad expresó que se arrepentía y quería recuperarla. En consecuencia, el 4 de julio de 2016 la jueza de grado deja sin efecto la guarda preadoptiva, rechaza la demanda de adopción y ordena la restitución de la niña —de entonces 7 años de edad— a su madre.

III. El debate jurisdiccional

La sentencia de primera instancia deja sin efecto la guarda con fines de adopción, otorgada el 8 de agosto de 2013 al matrimonio, rechazando la demanda de adopción solicitada y ordenando la restitución de la niña a su madre biológica. Resolución tomada luego de disponer un régimen de encuentros supervisados por el equipo técnico interdisciplinario, entre la niña, su madre y hermanos y de oír a todas las partes involucradas. No obstante, estableció un régimen de comunicación entre la niña, los guardadores y su familia extensa.

Esta decisión que fue revisada y revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con fecha 21 de marzo de 2017, tras sendos recursos de apelación interpuestos por los pretensos guardadores y la defensora de pobres y ausentes, haciendo

lugar parcialmente a la demanda de adopción. La alzada otorga al matrimonio la adopción simple respecto a la niña, mantiene el derecho de comunicación con su familia biológica y recomienda la realización de un tratamiento psicológico para todo el grupo familiar. Para así resolver argumentó que el cambio de guarda decidido importaba modificar la situación de hecho en la que se encontraba la pequeña y solo podía ser convalidado si tendía a una efectiva protección de su interés superior, concluyendo que el referido interés encontraba concreción en el mantenimiento de su centro de vida junto a los guardadores y en la vinculación con su familia de origen.

Contra el pronunciamiento de segunda instancia, la madre biológica de la niña interpuso Recurso de Casación, con motivo del cual el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro revocó la resolución de la Cámara, confirmando la sentencia de primera instancia. Destacó el máximo tribunal local que, en el caso, se habían denunciado inobservancias de forma y de fondo en la tramitación de la causa que tenían severo impacto en la promoción y goce de los derechos humanos tanto de la madre biológica como de su hija. Entendió que, la Cámara, al otorgar la adopción simple a pesar de que el trámite de guarda preadoptiva estuvo viciado en su origen, desconoció el debido proceso legal, el derecho a una defensa técnica eficaz y convalidó la entrega directa de una niña mediante escritura pública, como así también la guarda preadoptiva a quienes no se encontraban inscriptos en el Registro Único de Adoptantes. De tal guisa, se detuvo pormenorizadamente en la voluntad prestada por la progenitora biológica, al materializar la entrega directa de la niña, y observó al respecto que, producto de la condición de vulnerabilidad en la cual se encontraba por su situación socioeconómica y cultural, esta se encontraba viciada por un error esencial, pues la madre desconocía la naturaleza, los alcances y los efectos del acto al que contribuyó a formalizar con su aquiescencia.

A renglón seguido la corte provincial enraíza la lesión al interés superior de la niña, a sus derechos a la identidad y a no ser separada de su familia de origen por razones económicas, al desconocimiento de la garantía de debido proceso a la madre. Y finalmente, entiende que la

consolidación de lazos afectivos de la niña con sus guardadores, como premisa para dar preminencia al principio del interés superior del niño, había importado hacer valer el transcurso del tiempo como convalidante de un proceso irregular, “a fuerza de anteponer la ponderación socioafectiva en términos de estabilidad”.

En resumidas cuentas y ante la disyuntiva de mantener el *statu quo* familiar y socioafectivo de E. M. B. o su reversión, el TSJ local inclina la balanza de la justicia hacia los principios de legalidad y orden público.

IV. El pronunciamiento de la CS

Con este último dilema el caso toca las puertas de la CS, a partir del recurso extraordinario planteado por los pretensos guardadores, con sustento en la inadecuada apreciación del caso bajo el principio del interés superior del niño, la arbitrariedad de la sentencia en punto a la errónea valoración de las circunstancias particulares del caso, un apego excesivo a las formas y a la omisión de ponderar los informes especializados obrantes en la causa como así también la opinión de la niña en un asunto que la afecta.

En clave protectoria y garantista, con el prisma de una visión constitucional convencional holística, aplicado en la lectura de las peculiaridades del contexto afectivo de la niña E. M. B., la CS resuelve la disyuntiva planteada a partir de tres premisas sobre la que nos detendremos seguidamente:

- El diseño de una solución que contempla en su máxima extensión el interés superior de la niña E. M. B., adoptando una visión de conjunto sobre las especificidades del caso concreto.

- La descripción del modo adecuado de cotejar los intereses de los sujetos del triángulo adoptivo afectivo y sortear su colisión conforme al principio del ISN.

- El análisis de los efectos del paso del tiempo sobre la consolidación y estabilidad socioafectiva de la niña.

IV.1. El ISN como método de análisis y resolución del caso concreto

La ponderación de dónde se ubica en el caso concreto el interés superior de la niña E. se edi-

fica como la primera premisa sobre la cual la CS elabora su silogismo resolutorio. Haciendo hincapié en eliminación de la abstracción de este cardinal principio, de cara al cotejo de las especificidades de los intereses de E. en el caso.

Al respecto sostiene “la configuración de este interés superior exigirá examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple —en su máxima extensión— la situación real del infante” y agrega que “aquel principio no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, desde que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se lo satisface”.

El ISN como principio rector de interpretación de los derechos de NNyA, introducido por la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, se encuentra contemplado en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y replicado, en nuestro derecho interno, en el art. 3 de la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de NNyA. Se entiende por tal la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos a NNA.

Conforme explica la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño (5) se trata de un concepto de triple dimensión: actúa como un derecho sustantivo, como una norma procesal y como principio hermenéutico. En tanto derecho sustantivo, importa el derecho de NNyA a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

(5) Observación General N.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1). Disponible on line en <https://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/01/Compendio-de-Observaciones-Generales-del-Comite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%CC%83o-CIDENI.pdf>

Actúa también como principio jurídico interpretativo fundamental. Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el ISN.

Y finalmente como norma de procedimiento importa la estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados, la aplicación de garantías procesales y la justificación concreta de cómo se han ponderado sus intereses frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

La conceptualización del ISN es, además, esencialmente dinámica: su norte muta tan rápido como cambian los intereses del NNA afectado, y es además compleja por cuanto se encuentra, inescindiblemente ligada a la ponderación de las circunstancias particulares que rodean la vida del NNA en el caso particular, en un momento histórico determinado.

Bajo este orden de ideas, en el caso, el interés superior de E. apremiaba por la consideración del impacto del paso del tiempo sobre la construcción y consolidación de lazos socioafectivos con sus pretendidos guardadores. Con ellos compartió prácticamente toda su existencia, a ellos identifica como su núcleo familiar y de contención primario, y el intercambio de cariño mutuo y recíproco es responsable del diseño de la faz dinámica de la identidad de E. a sus 11 años de edad.

Esta visión dinámica de la identidad se edifica sobre el derecho de NNA al pleno desarrollo de su personalidad y al respeto por su verdad personal la cual trasciende los límites de su historia biológica hacia la proyección social de su persona (6).

(6) La CIDH ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el

Soslayar el efecto del paso del tiempo en la consolidación del nexo socioafectivo entre la adoptada y sus pretendidos adoptantes, priorizando el respeto por las solemnidades de la ley, en el caso, conducía a otorgar preeminencia al rigor formal por sobre los intereses particulares de la niña. Y no es esta una solución coherente con el imperativo de destinar una consideración "primordial" a los intereses del niño por sobre otras circunstancias.

Ello, toda vez que la fuerza de los hechos ha demostrado que el respeto a la identidad dinámica de los NNA hace a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos de los que son titulares, visibilizándose así la ineludible conexión entre socioafectividad e identidad dinámica a la luz del principio del interés superior del niño (7).

En el fallo en estudio, la CS realiza una apreciación conjunta y armoniosa de las particulares circunstancias que presenta el caso, y de la situación actual de la niña y entiende que "la decisión de considerar satisfecho el interés superior del niño a partir de modificar la situación socioafectiva que mantenía y mantiene la infante por más de 9 años con principal apoyo en la obligación de respetar el debido proceso legal y la sujeción a las normas adjetivas específicas del proceso de que se trata, importó en el caso dar preeminencia a aspectos formales que, aun cuando exigibles no revestían al tiempo de su valoración de la entidad pretendida; ello en desmedro de la ponderación de otras cuestiones que en las particulares circunstancias del asunto adquirirían una especial consideración a la hora de definir el contenido del citado concepto, y que por tanto permitían dar una respuesta que dentro de las posibles resolvía el asunto del mejor modo para los intereses de la niña".

plano familiar y social. Es por ello por lo que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. CIDH, 27/04/2012, "Fornerón e Hija Vs. Argentina", disponible on line en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

(7) Conf. HERRERA, M.; GIL DOMÍNGUEZ, A., "Derecho constituvencional de las familias y triple filiación", TR LA LEY AR/DOC/650/2020

Y confutando los argumentos de TSJ provincial, se despoja de las conclusiones que arrojaría la aplicación automática de conceptos teóricos prefijados para enfocarse en los ribetes peculiares del caso concreto de E. M. B., reflexionando: “La corte local no pudo negar o neutralizar la importancia y efectos que el paso del tiempo tiene en los primeros años de vida de los infantes cuya personalidad se encuentra en formación, desde que es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, convirtiéndose en un factor que adquiere una consideración especial a la hora de determinar su interés superior en el caso concreto que, como tal, no debe ser desatendido por quienes tienen a su cargo dicha tarea. Su tutela es no solo el motivo de la inserción judicial sino la finalidad permanente de toda esta clase de procesos”.

IV.2. La colisión de intereses en el triángulo adoptivo afectivo. El derecho del NNyA a ser “escuchado”

Otras de las aristas a las cuales nuestro máximo tribunal de sentencia le dedicó especial énfasis fue el análisis de la intención de la madre biológica de entregar a su hija de manera directa al matrimonio de pretensos guardadores. Y el estudio que efectúa al respecto cobra una relevancia trascendental por cuanto vislumbra la aplicación del principio del ISN como norma procesal, identificando en el caso los intereses controvertidos y superando la colisión a partir de la lectura del caso que más se acerca a la satisfacción íntegra de los derechos de la niña.

Al respecto, la CS recoge de los antecedentes que, la intención de entregar a su hija al matrimonio de pretensos guardadores fue formulada por una persona de entonces 35 años de edad y con dos hijos, fue ratificada en sede judicial tres años después de encontrarse ya la niña bajo el cuidado de los guardadores, ocasión en la que admitió haber contado con asesoramiento jurídico del defensor de menores sobre el alcance de su postura, la que manifestó comprender. Reconoció que la entrega de la niña fue voluntaria. Dicha expresión de voluntad fue reiterada nuevamente casi dos años después durante el trámite del juicio de adopción donde expresamente afirmó que no quería perjudicar a su hija

y que no era su deseo sacarla del domicilio de los guardadores.

En la puja de intereses entre dos de los protagonistas del triángulo adoptivo afectivo concluye “las razones que, pasado un lapso de tiempo considerable, habrían motivado un cambio de criterio respecto de la adopción [...] no podrían echar por tierra las consecuencias de una clara declaración de voluntad inicial formulada por una persona adulta que no solo no lucía afectada de un grave vicio susceptible de tornarla inválida, sino que, primordialmente, dio lugar a la creación de un vínculo afectivo cuya modificación —en el estadio actual— traería consecuencias inevitables en sus competentes, en especial en la niña”.

En el propósito de procurar una solución jurídica que satisfaga íntegramente el interés superior de E. se detiene sobre la expresión de voluntad de la niña, la cual había sido subestimada en las instancias judiciales inferiores y colocada en un peldaño más abajo que la de su madre biológica, otorgándole preponderancia a esta última.

La única referencia a la voluntad de E. M. B. que se aprecia de la lectura del fallo refiere a la sentencia de la corte local que establece “lo manifestado por esta a sus 8 años de edad a la época del fallo apelado, no podía ser interpretado y utilizado como fundamento de su interés superior o su deseo de ser adoptada, pues solo había expresado, en ese momento de su historia, que deseaba vivir con los guardadores”.

Este derecho a ser oída al cual refiere la corte local constituye uno de los principios elementales en los cuales se sustenta el instituto de la adopción, de expresa recepción legal en el art. 595 inc. f) del Cód. Civ. y Com., y su imperatividad se mantiene a lo largo de todo el proceso de adopción (8).

Previsto por el art. 12 de la CDN, el derecho de todos los niños a ser escuchados (9) y tomados

(8) Conforme surge del art. 608 inc. a), 609 inc. a), 617 inc. b) y d) del Cód. Civ. y Com.

(9) Preferimos aludir a “escuchados” y no tan sólo “oídos”, para reafirmar, con esta distinción lingüística, el auténtico sentido del principio. Por cuanto el acto de “es-

en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos (10).

Este artículo es quizá el más importante de la convención, el que reconoce la ciudadanía de los niños y por eso mismo su derecho a expresar sus opiniones sobre las decisiones que les conciernen. De modo que no se trata solo de escuchar, sino de considerar lo que los niños proponen (11).

De allí que no deba ser identificado como una mera formalidad procesal a cumplir en cualquier asunto que comprometa los intereses de un NNyA, sino que debe erigirse como un presupuesto de forma y sustancia esencial para garantizar la plena satisfacción de sus derechos. Por ello, una auténtica escucha, activa, pertinente y eficaz, implica el reconocimiento práctico de su condición de sujeto de derecho y la oportunidad para estimular la demostración de su capacidad. Y finalmente, para eludir una concepción meramente simbólica de este derecho a ser oído, es indispensable no solo que se escuche al NNyA sino que su opinión sea tenida en cuenta en la decisión que se adopte con potencialidad para afectar sus intereses.

IV.3. El paso del tiempo y la consolidación de vínculos e identidades familiares

La última arista de la tríada en la cual la CS asienta el fundamento de su resolución radica

en el hecho de que el "oír" compromete la intencionalidad del interlocutor, requiere poner atención, mientras que el "oír" se circunscribe más bien al acto de percepción de un sonido.

(10) Observación General Comité de los Derechos del Niño número 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. Disponible on line en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

(11) TONUCCI, F., "Manual de Guerrilla urbana para niñas y niños que quieren conocer y defender sus derechos", Losada, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 40.

en la relevancia otorgada a la consolidación de los lazos socioafectivos entre la niña E. M. B. y sus guardadores tras 11 años de convivencia y sentido de pertenencia mutuo y recíproco a la familia que formaron.

El cariño y el vínculo que este genera, desarrollado y sostenido en la vida de un niño o niña, tienen un valor inusitado no solo en la conformación de su identidad personal, sino que, en ocasiones, se erigen incluso en fuente de la filiación (12).

Y a partir de estas premisas, se aprecia en la sentencia de la CSJN en comentario, que en aras de avizorar cual es el interés superior de la niña E. en el caso, la contemplación que los efectos del paso del tiempo han provocado en la construcción de vínculos familiares no luce inocente.

Lo dicho no es óbice para considerar, como sostiene la corte local, que se convalidó la entrega directa de una niña mediante escritura pública, como así también la guarda preadoptiva a quienes no estaban inscriptos en el registro único de adoptantes con apoyo en el consentimiento dado por la progenitora en la audiencia a la que había concurrido sin contar con asistencia letrada.

La figura de la guarda de hecho, prohibida por el art. 611 del Cód. Civ. y Com. ha merecido múltiples reproches de anticonvencionalidad, por cuanto aplicada exegéticamente en todos los casos conlleva a ignorar los vínculos familiares forjados a través del afecto recíproco entre pretenso adoptantes y adoptados.

La cuestión se relaciona, centralmente, con dos debates que ocuparon a la doctrina y jurisprudencia en los últimos tiempos: 1) el peso que debe reconocerse a la "autonomía personal" materna en la elección de los guardadores frente al desprendimiento de su hijo, y 2) la eventual posibilidad de sustraerse al régimen legalmente impuesto para la elección de adoptantes: la vía judicial y selección entre las personas inscriptas

(12) Conf. DE LORENZI, M. "Nuevos caminos entre viejos campos". Pluriparentalidades en tránsito", AR/DOC/1136/2019.

en el Registro de /aspirantes a Guarda con fines de Adopción (conf. ley 25854) **(13)**.

Surge el interrogante si en estos casos, debe siempre prevalecer la regla rígida de prohibición de la guarda de hecho por sobre el interés superior de la niña, niño o adolescente atravesado por esta disyuntiva o, por el contrario, es admisible apartarse de la prohibición y recurrir a un diálogo de fuentes orientado a la búsqueda de una respuesta acorde con la realidad que toca resolver **(14)**.

En el caso la CS se ocupa de responder a este interrogante, y lo hace argumentando que “no se trata de convalidar o purgar los defectos procesales aquí advertidos ni de propiciar conductas indeseadas o irregulares, sino de evaluar si en las circunstancias particulares del caso —tenidas de una larga permanencia en un ambiente socioafectivo por una decisión que le es ajena a la infante— una sentencia que se asiente en tales aspectos luce respetuosa del principio del interés superior del niño, tendiendo como premisa el deber inexcusable de los jueces de garantizar a los firmantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles”.

(13) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERREIRA, M. LLOVERAS, N. "Tratado de Derecho de Familia" Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. III, p. 286.

(14) Conf. KRASNOW, A., "La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida disponible on line en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100071

Y concluye “restar entidad a las consecuencias desfavorables para la niña de una sujeción mecánica y automática de las normas conllevaban a modificar una situación de estabilidad afectiva y social que se mantenía inalterable hace años, y en la que, según expresó la niña, deseaba permanecer sin evaluar con el grado de rigurosidad que es exigible en razón de los intereses en juego, la incidencia que dicha modificación podría traer aparejada en la infante”.

V. Reflexiones finales

A modo de prieta pero elocuente síntesis podemos extraer como aportes centrales del pronunciamiento de la CS reseñado: 1) El resguardo por el ISN exige examinar en cada caso las particularidades del asunto y privilegiar aquella solución que contemple, en su máxima expresión la situación real del NNyA. 2) A la hora de decidir, la atención al ISN exige implementar una visión de conjunto que trascienda la limitación mecánica de normas y atienda a las circunstancias fácticas especiales del caso concreto y su incidencia en la solución del conflicto. 3) En la puja de intereses en el triángulo adoptivo afectivo, resulta de radical importancia valorar los efectos del paso del tiempo en los primeros años de vida del niño y su impacto en el desarrollo psíquico, físico y espiritual. Y profundizar esfuerzos para recurrir a soluciones integradoras y en diálogo con la historia vital del niño que permitan garantizarle su derecho a crecer en el seno de una familia y como refiere la propia CS en el fallo “a la preservación de los vínculos que forman parte de su universo”.

ALIENACIÓN PARENTAL

Adolescente que manifiesta el rechazo a vincularse con su padre. Ausencia de pensamiento autónomo. Manipulación del hijo realizada por la madre. Cuadro de "implante de memoria". Revinculación paterno-filial.

*Con notas de Juan Manuel Leonardi
y María Luciana Pietra*

1. — Se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual utiliza diversas estrategias con distinto alcance.
2. — El hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida.
3. — La buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.
4. — La pretensión de que el niño pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolución en crisis, en la que se dispone para el menor un tratamiento psicológico con un profesional y que, cuando este lo indique, se dé inicio a la revinculación con su padre.

CNCiv., sala J, 01/12/2021. - E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ tenencia de hijos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/188609/2021]

57426/2011

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 1 de 2021.

Considerando:

I. Por contestado el traslado.

Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces el día 29 de junio de 2021, que fue incorporada al sistema informático con fecha 10 de agosto del mismo año, contra la resolución judicial dictada el 28 de junio de 2021.

Dicho pronunciamiento no efectiviza el apercibimiento decretado relativo al otorgamiento del cuidado personal de R. E. a su padre y dispone, a efectos de la revinculación paterno filial, las siguientes medidas: a) La incorporación de R. E. dentro del plazo de 30 días a una prepaga u obra social distinta de Cobermed y que en su cartilla contemple tratamientos psicológicos para adolescentes y familias, que los profesionales se encuentren facultados para brindar informes trimestrales al Juzgado, y que la misma sea abonada por el progenitor; b) Una vez designado el profesional, ante la conformidad prestada en autos oportunamente por el joven, deberá R. E. concurrir al tratamiento. Asimismo, establece que una vez que el terapeuta lo indique, comenzará, en su caso, la revinculación solicitada por el Sr. E. por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso. Por último, instituye que en caso de incumplimiento, se impondrá al incumplidor una sanción pecuniaria en los términos del art. 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara funda su recurso mediante la presentación del día 18 de noviembre, que fue incorporada al día siguiente al sistema de gestión judicial. Destaca que en el presente caso se ponen en juego tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño: la prevalencia del superior interés del niño, el respeto de su capacidad progresiva y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Resalta la negativa expresada por R., de 16 años de edad en la actualidad, a retomar el vínculo con su progenitor en la audiencia del 25 de noviembre de 2020. Asimismo, subraya el informe del Lic. Bertorello en el sentido que no se observan motivos clínicos ni psicopatológicos para no tener en cuenta lo expresado por el adolescente como así también ciertos pasajes del realizado por las Lic. Berkel y Zanuso.

Concluye que en la actualidad resultaría iatrogénico forzar un vínculo que no se desea, resultando conveniente que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo)

dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor.

II. En primer lugar, cabe recordar que el artículo 652 del Cód. Civ. y Comercial consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos. Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646 Cód. Civ. y Comercial) que corresponden a los padres.

Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aun cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna (conf. CNCiv., Sala J, “A., C. R. c. Z., D. B. s/ régimen de comunicación”, 11/06/2021).

Ello, siempre teniendo en miras el interés superior del niño. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito. La regla así establecida en la norma mencionada que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otra consideración tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen las controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres (Fallos: 330-642).

Asimismo, el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño destaca que en todas aquellas medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, será una consideración primordial que se atenderá el interés superior del niño.

Recuérdese que cuando existe conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. El Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta en forma expresa este paradigma disponiendo en su art. 706 que “la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”.

A tal efecto, se instituye el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten en el art. 12 de la Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país según ley 23.849.

Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

En consonancia con lo expuesto precedentemente, el art. 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” como así también en el art. 639, inciso c, de dicho cuerpo legal en lo referido a la responsabilidad parental.

Lo dispuesto por las normas antes citadas debe entenderse en conjunto con la consideración de la autonomía progresiva y el respeto de las opiniones del niño contenidas en la CDN (arts. 5° y 12), enfatizando el derecho del niño a ser oído y las garantías mínimas del procedimiento (arts. 2°; 19, inc. c; 24 y 27, de la ley 26.061 y 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

III. En la especie, el menor efectivamente expresó en la audiencia celebrada en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño que su deseo es no tener vinculación con su padre.

Entonces, si bien la opinión de aquel es sumamente relevante, es obligatorio analizarla de conformidad con lo dispuesto por la normativa señalada, es decir, considerando su madurez, discernimiento y autonomía con respecto a la cuestión en estudio.

En ese sentido, cobra relevancia el informe presentado por las Licenciadas Bikel y Zanuso con fecha 21 de mayo de 2021, que fue incorporada al sistema informático el 26 de dicho mes y año. Concluyen que “la manipulación a la cual R. está atado por su madre, lo deja sin posibilidades de autonomía y de pensa-

miento autónomo. Su situación de dependencia hace que lo que verbalice no sea realmente auténtico. El temor psíquico del abandono de su madre hace que frecuentemente exprese sus ideas con el objetivo de identificarse y agraciarse con ella”.

Agregan que “R. se encuentra atrapado en un gravísimo conflicto entre sus padres, que se ha perpetuado en el tiempo, siendo el niño el rehén de la disputa. La madre, aludiendo a viejas situaciones de violencia entre ellos, ejerce todo tipo de maniobras para impedir el contacto entre R. y su padre, manipulando a su hijo”.

Resultan que “al momento de la consulta no existe ningún obstáculo psicológico para que la revinculación se concrete. En el transcurso de las entrevistas el padre ha mostrado un deseo genuino de conectarse con su hijo. Asimismo no se ha evidenciado de su parte, ningún tipo de conductas violentas ni descontrol de los impulsos. Esto se ha observado tanto en las entrevistas individuales como en las que hemos tenido con la madre, el padre y el niño”.

Señalan que “este niño necesita ser leal a los mandatos de su madre y, por lo tanto, se niega a ver al padre, “copiando” argumentos que no son propios”. Subrayan que cuando lograron un diálogo entre padre e hijo, “ella no lo tolera y lo interrumpe con violencia. R. termina acatando las órdenes de su madre, a pesar de lo cual, al irse, saluda al padre con un beso”.

Informan que “R. queda aferrado en el vínculo patológico con su madre, presentando un cuadro de “implante de memoria”. Explican que se refieren “a recuerdos de supuestos eventos que son creados de manera voluntaria por alguien que no es la persona que los evoca. R, como todos los adolescentes, presenta un psiquismo en formación y esta situación especial con su madre lo coloca en una posición de vulnerabilidad y de dependencia extrema y por lo tanto no puede oponerse a las veladas órdenes de su madre”.

Indican que “esta situación especial hace que no pueda ser tenida en cuenta como válida su negativa a querer ver al padre, ya que está colonizado por las ideas y actitudes de su madre y no le permite tener un pensamiento autónomo y propio”.

Por último, recomiendan enfáticamente “que es imperioso que pueda recobrar el vínculo con su padre, lo que deberá llevarse a cabo en entrevistas terapéuticas protegidas para R, de modo que pueda ir recobrando su autonomía e ir reparando el daño psicológico del que ha sido objeto”.

VI. Al respecto, cabe recordar que se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como con-

secuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance.

Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor (conf. Mizrahi, Mauricio L. “La alienación parental en las relaciones parento-filiales”, LA LEY, 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LA LEY AR/DOC/3262/2021), extremos que, a partir del informe reseñado, se presentan en la especie.

Consecuentemente, estimamos prudente que en el presente caso la opinión del menor, esencial por cierto, no debe resultar prevalente en función del informe citado y de lo expuesto precedentemente. Es que oír a los niños no importa aceptar incondicionalmente sus deseos (cf. Kemelmajer de Carlucci, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, N° 7, p. 177). Como lo ha señalado la Corte de Casación Francesa (Cass 2 civ, 25 mai 1993, Bull. Civ. II, N° 185; Bosse-Platière, 1996), el hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (cf. CNCiv., Sala G, L. 534.012 del 10/03/2010, entre otros).

En este sentido, el máximo Tribunal ha expresado que hace al interés superior del niño el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (cf. Fallos: 318:1269). Y no obstante el referido derecho a ser escuchados, como también a tener en cuenta sus opiniones, es indudable que la opinión del niño, niña o adolescente no es vinculante para el juez, aunque las aspiraciones de aquellos no tienen que ser desmerecidas pero tampoco sobrevaloradas (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, ed. Astrea 2015, ap. 12 a 17 y 146, ps. 56/69 y 390/391).

Obviamente, la voluntad expresada por el joven menor de edad, aunque posea grado de madurez suficiente, debe ser evaluada y tenida en cuenta por el juez en la medida en que no resulte perjudicial para su propio interés que es el que cabe resguardar

y hacer prevalecer, al margen del derecho invocado por los mayores. Asimismo, considerando aquel y la reseñada importancia del vínculo paterno filial para la mejor formación del menor, la solución adoptada aparece como razonable y la que mejor preserva efectivamente el interés superior del joven (conf. Sala “G, A., J. J. c. C., D. S. s/ cuidado personal de los hijos”, del 25/04/2019).

Nótese que no puede válidamente sostenerse que esta interpretación desestima el discurso de los niños y que ello es violatorio de sus derechos. Esta articulación tiene su origen en que la buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.

Dicha interpretación, además, fue la realizada por parte del Comité de los Derechos de Niño, que es un intérprete indiscutible de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obsérvese que en la Observación General N° 12, del recién referido Comité, este ha sostenido que “El niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión..”; “significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas” (párrafo 22) (conf. Mizrahi, Poder Judicial de la Nación Cámara Civil - Sala

J Mauricio L., op. cit., LA LEY, 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LA LEY AR/DOC/3262/2021).

En función de todo lo expuesto, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la pretensión de que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolución en crisis, en la que se dispone que el menor comience un tratamiento psicológico con un profesional y que cuando este lo indique, se comenzará la revinculación con su padre por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso.

En virtud de ello, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución recurrida, con costas en el orden causado atento lo dispuesto por el art. 14 *in fine* de la Ley de Ministerio N° 24.946. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 15/13, art. 4°, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado. — *Beatriz A. Verón.* — *Gabriela M. Scolari.* — *Maximiliano L. Caia.*

Interés superior del niño, alienación parental y coparentalidad: un fallo justo

Juan Manuel Leonardi (*)

Sumario: I. Síntesis.— II. Interés superior del niño.— III. Alienación parental.— IV. El principio de coparentalidad.— V. Conclusión.

I. Síntesis

Al desestimar la pretensión de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces —que se oponía a la revinculación paterno filial dispuesta por el Juez— sustentada exclusivamente en el rechazo —sin razones justificadas— del infante, la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1) ha tenido la oportunidad de aleccionar de qué manera se defiende genuinamente el interés superior del niño, debiendo para lograr su cometido incursionar en el difícil tema de la alienación parental cuyos efectos impactan negativamente sobre el principio de coparentalidad.

II. Interés superior del niño

El principio del interés superior del niño —dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación— no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias comprobadas en cada caso (Considerando 4°) (2).

Que esta Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio

del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluido este Tribunal, y en reiteradas ocasiones ha destacado que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores (conf. doctrina de Fallos 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733).

Dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en los arts. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en el art. 706, inc. c, del Cód. Civ. y Com. En tanto pauta de ponderación para decidir el conflicto, su implementación exige analizar sistemáticamente cómo los derechos del niño se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, adoptándose aquella que resulte más beneficiosa para el sujeto que requiere de una especial protección (conf. Fallos 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376) (Considerando 7°) (3).

III. Alienación parental

Como dato relevante del fallo comentado cabe destacar que el menor efectivamente expresó en la audiencia celebrada en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del

(*) Abogado de la UNNE. Exjuez de Instrucción y Correccional de la Cuarta Circunscripción Judicial de la provincia de Corrientes con asiento en la ciudad de Paso de los Libres. Exprocurador fiscal federal ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Paso de los Libres.

(1) CNCiv., Sala J, 01/12/2021, "E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ Tenencia de hijos", Publicado en: LA LEY 18/01/2022, 3, Cita online: TR LA LEY AR/JUR/188609/2021.

(2) CS, 07/10/2021, "L., M. s/abrigo", Cita: TR LALEY AR/JUR/155737/2021.

(3) Conf. CS, 07/10/2021, "L., M. s/abrigo", Cita online: TR LALEY AR/JUR/155737/2021.

Niño que su deseo es “no tener vinculación con su padre”.

A partir de este rechazo comienza la esencial tarea de dilucidar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto; y el Tribunal lo desenraña y ubica correctamente en su justa dimensión.

En tal sentido expresó que, si bien la opinión del menor es sumamente relevante, es obligatorio analizarla de conformidad con lo dispuesto por la normativa señalada, es decir, considerando su madurez, discernimiento y autonomía con respecto a la cuestión en estudio. En ese sentido, consideró relevante el informe presentado por las licenciadas Bikel y Zanuso en el que concluyeron que “la manipulación a la cual R. está atado por su madre, lo deja sin posibilidades de autonomía y de pensamiento autónomo. Su situación de dependencia hace que lo que verbalice no sea realmente auténtico. El temor psíquico del abandono de su madre hace que frecuentemente exprese sus ideas con el objetivo de identificarse y agraciarse con ella”. Agregan que “R. se encuentra atrapado en un gravísimo conflicto entre sus padres, que se ha perpetuado en el tiempo, siendo el niño el rehén de la disputa. La madre, aludiendo a viejas situaciones de violencia entre ellos, ejerce todo tipo de maniobras para impedir el contacto entre R. y su padre, manipulando a su hijo”. Resaltan que “al momento de la consulta no existe ningún obstáculo psicológico para que la re-vinculación se concrete. En el transcurso de las entrevistas el padre ha mostrado un deseo genuino de conectarse con su hijo. Asimismo, no se ha evidenciado de su parte, ningún tipo de conductas violentas ni descontrol de los impulsos. Esto se ha observado tanto en las entrevistas individuales como en las que hemos tenido con la madre, el padre y el niño”. Señalan que “este niño necesita ser leal a los mandatos de su madre y, por lo tanto, se niega a ver al padre, ‘copiando’ argumentos que no son propios”. Subrayan que cuando lograron un diálogo entre padre e hijo, “ella no lo tolera y lo interrumpe con violencia. R. termina acatando las órdenes de su madre, a pesar de lo cual, al irse, saluda al padre con un beso”. Informan que “R. queda aferrado en el vínculo patológico con su madre, presentando un cuadro de ‘implante de memoria’”. Explican que se refieren “a recuerdos de

supuestos eventos que son creados de manera voluntaria por alguien que no es la persona que los evoca. R, como todos los adolescentes, presenta un psiquismo en formación y esta situación especial con su madre lo coloca en una posición de vulnerabilidad y de dependencia extrema y por lo tanto no puede oponerse a las veladas órdenes de su madre”. Indican que “esta situación especial hace que no pueda ser tenida en cuenta como válida su negativa a querer ver al padre, ya que está colonizado por las ideas y actitudes de su madre y no le permite tener un pensamiento autónomo y propio”. Por último, recomiendan enfáticamente “que es imperioso que pueda recobrar el vínculo con su padre, lo que deberá llevarse a cabo en entrevistas terapéuticas protegidas para R., de modo que pueda ir recobrando su autonomía e ir reparando el daño psicológico del que ha sido objeto”. Fundando en consecuencia los Magistrados su decisión de la siguiente manera:

“Al respecto, cabe recordar que se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance”.

“Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor (conf. MIZRAHI, Mauricio L., ‘La alienación parental en las relaciones parento-filiales’, LA LEY del 19/11/2021, I, LL AR/DOC/3262/2021), extremos que, a partir del informe reseñado, se presentan en la especie”.

“Consecuentemente, estimamos prudente que en el presente caso la opinión del menor, esencial, por cierto, no debe resultar prevalente en función del informe citado y de lo expuesto precedentemente. Es que oír a los niños no

importa aceptar incondicionalmente sus deseos (cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, 'El derecho constitucional del menor a ser oído', *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, nro. 7, p. 177). Como lo ha señalado la Corte de Casación Francesa (Cass. 2 civ., 25 mai 1993, Bull. Civ. II, nro. 185; Bosse-Platière, 1996), el hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (cf. CNCiv., Sala G, L. 534.012 del 10/03/2010, entre otros)".

"En este sentido, el máximo Tribunal ha expresado que hace al interés superior del niño el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (cf. Fallos 318:1269). Y no obstante el referido derecho a ser escuchados, como también a tener en cuenta sus opiniones, es indudable que la opinión del niño, niña o adolescente no es vinculante para el juez, aunque las aspiraciones de aquellos no tienen que ser desmerecidas, pero tampoco sobrevaloradas (cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, 'Responsabilidad parental', *Astrea*, 2015, ap. 12 a 17 y 146, ps. 56/69 y 390/391)".

"Obviamente, la voluntad expresada por el joven menor de edad, aunque posea grado de madurez suficiente, debe ser evaluada y tenida en cuenta por el juez en la medida en que no resulte perjudicial para su propio interés que es el que cabe resguardar y hacer prevalecer, al margen del derecho invocado por los mayores. Asimismo, considerando aquel y la reseñada importancia del vínculo paterno filial para la mejor formación del menor, la solución adoptada aparece como razonable y la que mejor preserva efectivamente el interés superior del joven (conf. Sala 'G., A., J. J. c. C., D. S. s/ cuidado personal de los hijos', del 25/04/2019)".

"Nótese que no puede válidamente sostenerse que esta interpretación desestima el discurso de los niños y que ello es violatorio de sus derechos. Esta articulación tiene su origen en que la buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su vo-

luntad ha sido captada por uno de sus progenitores".

"Dicha interpretación, además, fue la realizada por parte del Comité de los Derechos de Niño, que es un intérprete indiscutible de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obsérvese que en la Observación General N° 12, del recién referido Comité, este ha sostenido que 'El niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión...'; 'significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas' (párr. 22) (conf. MIZRAHI, Mauricio L., ob. cit., LA LEY del 19/11/2021, 1, LL AR/DOC/3262/2021)".

El Comité agrega más adelante: "Permitir la manipulación de los niños por los adultos, poner a los niños en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer, no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del art. 12 de la Convención" (párr. 132 de dicha Observación). En definitiva, es la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño la que sirve de guía cierta a los estudiosos de la alienación parental en el análisis de los dichos de los niños (4).

En función de lo precedentemente expuesto es sumamente preocupante que las funcionarias de la Defensoría de Menores e Incapaces hayan soslayado las opiniones y conclusiones de las licenciadas que clara y contundentemente advertían sobre la presencia de alienación parental que padecía el menor.

IV. El principio de coparentalidad

Agudamente el Tribunal aludió a que el art. 652 del Cód. Civ. y Com. consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos. Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646 Cód. Civ. y Com.) que corresponden a los padres.

(4) Conf. MIZRAHI, Mauricio Luis, "La alienación parental en las relaciones parento-filiales", Publicado en: LA LEY 19/11/2021, 1, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3262/2021.

Se trata —agregó— de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aun cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna (conf. CNCiv., Sala J, “A., C. R. c. Z., D. B. s/ régimen de comunicación”, 11/06/2021) **(5)**.

Es que el derecho del niño a la “coparentalidad” no es menor ni menos importante que el resto de los otros derechos que ostenta.

La coparentalidad es un derecho humano que se encuentra anclada en el sistema constitucional-convencional. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce el derecho de todo niño a alcanzar un “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores “en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. A su vez, el art. 7° subraya el derecho del niño “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El art. 9° en su primer inc. dispone: “Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Por fin, el art. 18 garantiza el principio por el cual “ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño”. Sin lugar a duda, esta es la solución que mejor comulga con la efectiva satisfacción del interés del niño (art. 3°, CDN), porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, más allá de las con-

tingencias que pueda atravesar la relación de la pareja parental **(6)**.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, art. 16, inc. d) y también la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 17.4) insisten en que ante la hipótesis de la disolución debe considerarse el interés del niño. El PIDCP dice que deben tomarse medidas de protección. La CEDAW apunta a la “consideración primordial del interés del hijo” frente a la ruptura. La CADH va más lejos y dice que los conflictos que surjan con ocasión de la ruptura deben resolverse sobre la “base única” del interés del niño **(7)**.

La responsabilidad que incumbe a ambos padres en la crianza y educación de los hijos, esto es, la corresponsabilidad parental, aparece indisolublemente ligada, particularmente en textos internacionales, al interés superior de los hijos **(8)**, en términos que puede postularse que, a ambos padres les corresponden responsabilidades respecto de sus hijos no tanto porque ambos tienen iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los niños **(9)**,

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - MOLINA DE JUAN, Mariel F, "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir", Publicado en: LA LEY 2015-E, 1137, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2970/2015.

(7) Conf. BASSET, Úrsula C., "Principio de coparentalidad: un fallo y un decreto subsecuente", Publicado en: LA LEY 18/05/2020, 4, Cita Online: AR/DOC/1516/2020. Nota a Fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 23, de fecha 27/04/2020, in re "G. F. M. c. T. G. D. s/ régimen de comunicación", Publicado en: LA LEY 18/05/2020, 4, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/14896/2020.

(8) Art. 18 Convención de los Derechos del Niño y arts. 5° y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer citado por ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Responsabilidad parental, corresponsabilidad y cuidado personal de los hijos en Chile", Publicado en: SJA 09/08/2017, 09/08/2017, 18 - Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3817/2017.

(9) BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del derecho de familia y de la infancia", Punto Lex Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011 citado por ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Responsabilidad parental, corresponsabilidad y cuidado personal de los hijos en Chile", Publicado en: SJA 09/08/2017, 09/08/2017, 18 - Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3817/2017.

(5) CNCiv., Sala J, 01/12/2021, "E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ tenencia de hijos", Publicado en: LA LEY 18/01/2022, 3, Cita online: TR LA LEY AR/JUR/188609/2021.

es decir, las responsabilidades parentales compartidas, reflejan materialmente el interés de los hijos. La finalidad del establecimiento de la corresponsabilidad parental no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos. Por su intermedio se permite que se hagan efectivos algunos derechos de los hijos en las relaciones de familia, como el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis (art. 9°, CDN) **(10)**.

V. Conclusión

1.- Es preocupante que la funcionaria del Ministerio Pupilar que debía defender el interés superior del niño, ante la contundencia del informe de las licenciadas Bikel y Zanuso no haya denunciado que este era objeto de manipulación por parte de la progenitora, toda vez que la actitud de un progenitor que obstruye la comunicación de un hijo común con el otro —sin causa justificada— constituye un supuesto de maltrato infantil **(11)**.

La posición que sostiene que, de mediar oposición del adolescente a la revinculación filial,

(10) Conf. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, ob. cit.

(11) Conf. GROSMAN, Cecilia, "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible?", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - PÉREZ GALLARDO, Leonardo (coords.), Nuevos perfiles del derecho de familia, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 8.

no tienen que realizarse intentos para revertir tal estado de cosas, sino que debe encaminarse la tarea a realizar lo que llaman la “desvinculación constructiva”: vale decir, ayudar al progenitor excluido a admitir la situación y a que elabore el “duelo” pertinente **(12)**, nos parece incongruente cuando quienes la esgrimen admiten sin vueltas que ese adolescente, con su negativa, no está expresando realmente una voluntad propia, sino que es un mero vocero del progenitor del cual depende **(13)**.

2.- La actitud de la judicatura de prestar debida atención al informe de las licenciadas le permitió advertir la acción alienante de uno de los progenitores y defender genuinamente los intereses del niño a gozar de sus derechos humanos a la libertad y a la coparentalidad.

Es que el derecho humano del niño a la “libertad” y a la “coparentalidad” no es menor ni menos importante que el resto de los otros derechos que ostenta. Por eso, cuando una decisión involucra a NNA se debe analizar cuidadosamente si esta no viola su derecho humano a la “libertad” y a la “coparentalidad”.

(12) Ver CRESCINI, Silvia, "Implementación de la desvinculación constructiva como alternativa de abordaje para evitar una revinculación compulsiva", RDF 2015-V, 15/10/2015, p. 120; AP/DOC/778/201.

(13) MIZRAHI, Mauricio L. - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María, "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales. Una visión interdisciplinaria", Publicado en: LA LEY 2019-B, 1002, Cita: TR LALEY AR/DOC/872/2019.

El derecho a la coparentalidad en función de la “libre” opinión del hijo

María Luciana Pietra (*)

Sumario: I. Circunstancias fácticas planteadas en el caso analizado.— II. Síndrome de alienación parental.— III. Derecho del niño a ser oído.— IV. El interés superior del niño, niña o adolescente y el derecho a la coparentalidad.— V. Nuestras conclusiones.

“La libertad está en ser dueños de nuestra propia vida.”

PLATÓN.

I. Circunstancias fácticas planteadas en el caso analizado

En el fallo “E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ tenencia de hijos”, un adolescente de dieciséis años se niega a tener contacto con su progenitor. En primera instancia se ordena un proceso de revinculación. La Defensoría de Menores e Incapaces apela la decisión fundando su recurso en el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo con su edad y grado de madurez. Entiende que se estaría vulnerando el interés superior del niño y su capacidad progresiva.

La CNCiv., Sala J, con fecha 01/12/2021, confirma la decisión, en virtud de considerar que el discurso del adolescente no es libre, sino que se halla condicionado por su madre, en virtud de supuestos hechos de violencia vividos en el pasado. Hace referencia al síndrome de alienación parental, citando el informe de las psicólogas intervinientes, quienes indican que no existen motivos para no retomar el contacto, ya que no hay indicios de violencia por parte del padre, ni

hechos que puedan implicar un posible riesgo o perjuicio. Indican que existe un deseo genuino del progenitor de vincularse con su hijo, y que este último, pese a manifestar expresamente su negativa, en su discurso es interrumpido con violencia por su madre, y al retirarse se despidió de su progenitor con un beso.

Indica que la responsabilidad parental es compartida, y que debe respetarse el derecho de comunicación con ambos progenitores, conforme a los arts. 646 y 652 del Cód. Civ. y Com. Para ello, resulta de gran relevancia la opinión del hijo, aunque según las psicólogas intervinientes “...la manipulación a la cual R. está atado por su madre, lo deja sin posibilidades de autonomía y de pensamiento autónomo. Su situación de dependencia hace que lo que verbalice no sea realmente auténtico. El temor psíquico del abandono de su madre hace que frecuentemente exprese sus ideas con el objetivo de identificarse y agraciarse con ella.... R. se encuentra atrapado en un gravísimo conflicto entre sus padres, que se ha perpetuado en el tiempo, siendo el niño el rehén de la disputa...”

Señalan que “...este niño necesita ser leal a los mandatos de su madre y, por lo tanto, se niega a ver al padre, ‘copiando’ argumentos que no son propios... R. queda aferrado en el vínculo

(*) Abogada. Especialista en derecho de familia y sucesiones. Docente de Derecho Civil V (Familia y Sucesiones) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

patológico con su madre, presentando un cuadro de ‘implante de memoria’..” Explican que se refieren “...a recuerdos de supuestos eventos que son creados de manera voluntaria por alguien que no es la persona que los evoca. R, como todos los adolescentes, presenta un psiquismo en formación y esta situación especial con su madre lo coloca en una posición de vulnerabilidad y de dependencia extrema y por lo tanto no puede oponerse a las veladas órdenes de su madre... Esta situación especial hace que no pueda ser tenida en cuenta como válida su negativa a querer ver al padre, ya que está colonizado por las ideas y actitudes de su madre y no le permite tener un pensamiento autónomo y propio...” Es importante que pueda recuperar su autonomía y reparar el daño psicológico del que ha sido objeto.

De este modo, y haciendo referencia expresa al síndrome de alienación parental, se rechaza el recurso interpuesto y se confirma la sentencia que ordena la revinculación del adolescente con su progenitor.

II. Síndrome de alienación parental

La Excma. Cámara, citando a Mauricio Mizrahi, indica que “...se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance. Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor...”

Existen en doctrina opiniones encontradas con respecto a esta figura, ya que una parte de esta la acepta y otra la rechaza.

Quienes están en contra de ella entienden que el síndrome de alienación parental (SAP) es una supuesta patología que se utiliza en causas judi-

ciales para invalidar los relatos de los niños que han sufrido abuso sexual infantil, no se encuentra reconocido ni avalado por las comunidades académicas y asociaciones científicas —nacionales como internacionales— por lo que su uso para diagnóstico y/o tratamiento en dictámenes periciales, informes psicológicos, constituye una vulneración a las normas que rigen el ejercicio de la profesión (1).

Específicamente, las opiniones contrarias indican que se la ha utilizado para “justificar” el maltrato infantil, o las conductas propias de violencia de género, desacreditando los discursos de las mujeres que son víctimas. Surgiría entonces de una postura patriarcal, que las culpabiliza de los hechos de violencia sufridos por ellas y sus hijos.

Sin embargo, existiendo una denuncia de un hecho tan aberrante como abuso o maltrato, este debe ser investigado penalmente, no pudiendo escudarse la justicia en la figura del síndrome de alienación parental para desestimarla sin análisis o prueba alguna. La práctica profesional ha demostrado que esta figura no suele ser utilizada en este tipo de casos.

Asimismo, en cuanto a las opiniones con perspectiva de género que la rechazan, es dable destacar que esta figura se aplica tanto a hombres como a mujeres, es decir, cualquiera de los progenitores puede generarla. Es decir, no es exclusivo de las mujeres, ya que según el Cód. Civ. y Com. la regla en la crianza, cuidado y educación es la coparentalidad, por lo que la obstaculización u obstrucción del contacto puede provenir de uno u otro, y no siempre de la madre que “detenta la tenencia”, como ocurría en el régimen anterior.

(1) Pronunciamiento del Colegio de Psicólogos de la 2ª Circunscripción de Santa Fe, y otras similares de Mar del Plata, Córdoba, Bahía Blanca, y La Plata. En idéntico sentido el fallo de Villa Gesell, "P. P. E. c. C. A. F. s/ tenencia", 13/03/2013, dictado por la Dra. Graciela Jofré en el que se expresó que el llamado SAP es una siniestra creación pseudocientífica de Gardner rechazada por la comunidad científica internacional, citado por Galletti, Judith, Las sanciones frente al incumplimiento del deber de comunicación. El principio de igualdad en las relaciones familiares y los roles de género, RC-CyC 2021 (abril), 13/04/2021, 98, Cita online: TR LALEY AR/DOC/622/2021.

Asimismo, algunos autores sostienen que no tendría rigor científico ya que no está aceptada por la medicina ni por la psiquiatría como una patología.

Sin embargo, el Comité Asesor Científico (MSAC) de la Organización Mundial de la Salud, en sus declaraciones del 04/09/2019 y 25/02/2020, ha señalado que la Alienación Parental es un tipo de problema que hace a la relación padre (o cuidador) e hijo. Aclara muy bien dicho Comité que la Alienación Parental no se usa en contornos de atención médica, porque no es, en sí misma, una enfermedad o lesión que requiera atención médica. Sin embargo, se indica que aquella debería incluirse en el capítulo 24 que hace referencia a "Factores que influyen en el estado de salud o el contacto con los servicios de salud", entre los cuales se encuentra un ítem que se denomina "Problemas de relación padre (o cuidador) e hijo".

Del mismo modo, fue receptada en el derecho comparado, por ejemplo, por Estados de México y Brasil (2).

Por otro lado, se entiende que se descalifica la voz de los niños, considerándolos incapaces de formar un juicio propio, y vulnerándose así sus derechos humanos fundamentales.

En realidad, la opinión de los niños debe ser libre y autónoma, no condicionada por los adultos, lo cual podría ocurrir cualquiera fuera su edad.

Finalmente, se ha dicho que se la utiliza como amenaza de que va a cambiar el cuidado personal si el NNA no acepta relacionarse con el otro progenitor, con el prejuicio de que toda denuncia de violencia o abuso es falsa (3).

(2) MIZRAHI, Mauricio Luis, "La alienación parental en las relaciones parento-filiales", LA LEY 19/11/2021, 19/11/2021, 1, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3262/2021.

(3) Los fundamentos en detalle de los que critican la alienación parental puede verse en BERLINERBLAU, Virginia, "El falso síndrome de alienación parental en denuncias de ASI e incesto paterno filial: entre la mala praxis y el falso testimonio", Revista Juntas somos más (de la Asociación de mujeres jueces de Argentina), agosto 2016, p. 14; PORTILLO, Claudia E., "Violencia institucional y aplicación del llamado síndrome de alie-

Sin embargo, la terapia bajo mandato puede ser impuesta de oficio por el juzgado, sin que implique una amenaza, sino una medida tendiente a lograr el cumplimiento de una orden impartida, que ha dado buenos resultados en los estrados judiciales, ya que de otro modo esta no se hubiera acatado.

La resistencia a relacionarse con uno de los progenitores debe ser injustificada, y no producto de hechos de violencia, maltrato o abuso. En este último caso, no puede hablarse de síndrome de alienación parental, ya que existen motivos que avalan la negativa.

Sin embargo, así como una parte de la doctrina la rechaza, otra la acepta. Y en este último

nación parental", RDF 86, 145, Cita online: TR LALEY AP/DOC/572/2018; RUIZ CARBONELL, Ricardo, "La llamada alienación parental: La experiencia en España", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 133 y 137, <http://hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberr>; LAMADRID, Miguel Ángel, "Síndrome de Alienación Parental", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 196, <http://hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberr>; MIRANDA, Carlos Reinaldo, "Síndrome de AP: Aportes para la reflexión", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 211, 212, 213, 216, 217 y 218, <http://hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberr>; TORREALBA JENKINS, Alfredo Emilio, "El Síndrome de Alienación Parental en la legislación de familia", tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de graduados, p. 32, año 2011; PEDROSA, Delia Susana - BOUZA, José María, "Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores", García Alonso, Buenos Aires, 2008, ps. 93 y 125; CARBÓ SANCHÍS, Eric, "El negacionismo del SAP. Un análisis en sus fundamentos", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 176 a 186; LORENTE ACOSTA, Miguel, prólogo al libro de VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 13 a 16; BAREA PAYUETA, Consuelo, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", ob. cit., p. 23 y ss. y 76 y ss.; VACCARO, Sonia, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, ob. cit., p. 19 y ss., y 143 y ss. Todos citados por MIZRAHI, Mauricio Luis, "La alienación parental en las relaciones parento-filiales", LA LEY 19/11/2021, 19/11/2021, 1, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3262/2021.

sentido, Mizrahi, uno de los mayores defensores, habla de una triangulación positiva, cuando se incorpora al hijo al proceso de Familia y se tienen en cuenta sus intereses. Sin embargo, puede haber una triangulación negativa, por el hecho de originarse el síndrome de alienación parental. Lo negativo aquí de la triangulación es que acontece una alianza entre un padre y el hijo común para devaluar, desautorizar y excluir al otro progenitor (4).

Al primero que se reconoce haber acuñado estos términos es Richard Gardner. Mizrahi entiende que no corresponde hablar de síndrome, porque no es algo que pueda abordarse desde la psicología o psiquiatría individual, sino a través de una terapia familiar. Sin perjuicio de ello, considera adecuado hacer referencia a alienación parental, y no a interferencia parental, manipulación, colonización, inducción perniciosa, captación, apropiación, programación, perturbación, inculcación, secuestro, obstrucción, exclusión, extrañamiento, distanciamiento, alejamiento, obstaculización, que serían especies del mencionado género (5).

Por un lado, el niño —usurpado por uno de sus padres— se convertirá en un alienado, pues sufrirá una limitación o condicionamiento de su personalidad, padecerá de un estado caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad al operarse un proceso de transformación de su consciencia; y todo ello por obra del progenitor manipulador y excluyente. Asimismo, por otro lado, el padre excluido es también un alienado, en tanto recaerá sobre él un extrañamiento. Es que será un enajenado en la medida que queda desposeído, privado y apartado del trato que tenía con su hijo. Finalmente, el padre obstructor será un alienante en los dos sentidos que se acaban de indicar; es decir, alienante respecto del niño que estará afectado en su identidad y consciencia. Pero también un alienante con relación al otro pro-

genitor, que quedará excluido de vincularse con su hijo (6).

Se trata de una disfunción familiar, donde el discurso del NNA no le pertenece, sino que repite el propio de un adulto. Regresa a un estado de alienación que se asemeja al que tenía al momento de nacer, como mecanismo de defensa, no pudiendo separar su propio cuerpo del correspondiente al otro (7).

Si se da el cuadro de alienación parental —al menos en su fase grave— el hijo se hallará totalmente manipulado, seducido, captado y colonizado afectivamente. De ese modo, transformada su consciencia, se convertirá en un vocero y portavoz del progenitor excluyente. No obstante, la manipulación del padre o madre puede ser consciente o inconsciente, de buena o mala fe, pues muchos pueden obrar convencidos del valor positivo de su emprendimiento, por entender que el otro es un personaje dañino que lo obliga a apartarlo de su hijo, en aras de su protección (8).

Por lo tanto, la alienación parental puede ser leve, intermedia o grave, según el caso, generando distintas consecuencias (9).

Al menos en los casos más severos de alienación parental, no cabe duda de que el hijo, como víctima que es de la acción del progenitor excluyente, sufrirá un retorno a estadios anteriores; y lo hará como mecanismo de defensa inconsciente al estimarlos lugares más seguros. Entonces, tal como sucedió en su infancia, se alienará al cuerpo de aquel padre, repetirá como propio el discurso de este, se identificará con él. Consustanciado, el niño perderá su subjetividad, se convertirá en un mero vocero o portavoz del progenitor manipulador, su voluntad quedará anulada. Su discurso, en verdad, no le pertenecerá; las expectativas, aspiraciones y objetivos perseguidos por ese padre han de ser sus propias expectativas, aspiraciones y objetivos; por

(6) Ibidem.

(7) Ibidem.

(8) MIZRAHI, Mauricio Luis, "La alienación parental..." ob. cit.

(9) Ibidem.

(4) MIZRAHI, Mauricio Luis, "La triangulación en el derecho de familia y la alienación parental", LA LEY 03/09/2021, 03/09/2021, 1, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2503/2021.

(5) Ibidem.

lo que la distinción entre uno y otro desaparecerá (10).

En definitiva, existen en doctrina opiniones encontradas acerca de la aceptación o el rechazo del síndrome de alienación parental. El Cód. Civ. y Com. no hace referencia a esta figura, sin perjuicio de que considera más idóneo para detentar el cuidado personal unilateral al progenitor que facilita el contacto fluido con el otro.

Finalmente, recordemos que la ley 24.270 (BO 1993) sanciona el impedimento u obstrucción de contacto de hijos menores de edad con padres no convivientes, por lo que no hay dudas de que esta práctica existe y no todos los progenitores colaboran en el ejercicio pacífico de la coparentalidad, por lo que independientemente de la denominación que se le otorgue, hay NNA influenciados por la opinión y los deseos del adulto, lo que les impide tener una adecuada comunicación con el otro.

La justicia no puede dar la espalda a estas situaciones, sino actuar, ya sea de oficio o a pedido de parte, en pos del interés superior del niño cuyos derechos están siendo vulnerados.

III. Derecho del niño a ser oído

Según el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, "Los Estados Partes deben garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez; es decir, se le dará la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

El Cód. Civ. y Com., en el art. 26, establece que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. En relación específica al régimen de cuidado unipersonal (art. 653, inc. c, Cód. Civ. y Com.) y a la elaboración del plan de parentali-

dad (art. 655, Cód. Civ. y Com.) se recepta el principio de participación y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído. En los procesos en los que se discute el régimen de cuidado personal y comunicación resulta indispensable la participación activa del niño, niña o adolescente, participación que deberá desplegarse en todos sus matices, siendo escuchado en forma directa y personal por el magistrado interviniente en cualquier momento del proceso, teniendo en cuenta su opinión a la hora de decidir sobre su persona, sin que la opinión del niño sea vinculante para el juzgador. Su participación será en carácter de parte procesal con la asistencia técnica del Abogado del Niño, cuando la niña, niño o adolescente tenga edad y madurez suficiente (11).

En no pocos casos, es el niño, niña o adolescente quien manifiesta su negativa a continuar con la vinculación con el progenitor no conviviente, por lo que será tarea del juzgador indagar las razones de dicha negativa y despejar si el niño, niña o adolescente está sometido a presiones o influencias externas (12).

El derecho del niño a ser oído no implica aceptar incondicionalmente sus deseos. Tampoco es cierto que las personas menores de edad sean "autodestructivas por naturaleza". Debe hallarse un equilibrio y analizar si sus manifestaciones se sustentan en un fundamento razonable y válido. Su opinión no es vinculante para el juez, y como lo sostiene la Alzada, no debe ser desmerceda y tampoco sobrevalorada. Quien decide es el magistrado, teniendo en cuenta la opinión, pero pudiendo apartarse de ella si es contraria a su interés superior.

(11) GALLETI, Judith, "Las sanciones frente al incumplimiento del deber de comunicación. El principio de igualdad en las relaciones familiares y los roles de género", RCCyC 2021 (abril), 13/04/2021, 98, Cita online: TR LALEY AR/DOC/622/2021.

(12) En el caso resuelto por la CApel. Trelew (Chubut), sala A, Exp. 145/15, "Asesoría de Familia e Incapaces s/ med. de protección (SSB)", 21/08/2015, en aplicación del derecho del niño a ser oído se resolvió interrumpir el proceso de revinculación de una adolescente de 14 años con su madre en tanto persistan las situaciones de peligro físico o malestar anímico; según GALLETI, Judith, "Las sanciones frente al incumplimiento del deber de comunicación. El principio de igualdad en las relaciones familiares y los roles de género", RCCyC 2021 (abril), 13/04/2021, 98, Cita online: TR LALEY AR/DOC/622/2021.

(10) Ibidem.

La Excm. Cámara, citando a Mauricio Mizrahi (LA LEY del 19/11/2021, 1, LL AR/DOC/3262/2021), indica que en la Observación General N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, se ha sostenido que “[e]l niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión...; significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas” (párr. 22).

Por lo tanto, a través de las herramientas que brindan a los magistrados otros profesionales, como son en este caso las psicólogas, se puede dilucidar si la opinión expresada por el adolescente es libre o se halla condicionada. Y en esta falta de autonomía se fundan el Juzgado de Primera Instancia y la Cámara para fallar en el sentido en que lo hacen, sin que ello implique vulnerar los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La labor de los jueces, cuando son escuchados los niños y adolescentes judicializados, es determinar si sus dichos son o no genuinos. Recuérdese que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a la aptitud del niño o adolescente para “formarse un juicio propio”, y por tal motivo menciona que su opinión tiene que expresarse “libremente”. En consecuencia, un primer dato relevante es descifrar si los dichos del niño o adolescente reúnen esas características (13).

La opinión del NNA puede estar distorsionada por el conflicto de los adultos, responder a ciertas lealtades, carecer de independencia. Por ello es importante que la escucha se halle acompañada de una intervención interdisciplinaria, para colaborar con los magistrados en advertir estas situaciones.

La dependencia hacia uno de los progenitores puede generar falsos recuerdos, que el NNA considera reales, lo cual pudo haber sido implantado incluso de manera inconsciente por el adulto.

(13) MIZRAHI, Mauricio Luis - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María, "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales: una visión interdisciplinaria", DFyP 2019 (julio), 15/07/2019, 3, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1497/2019.

En las mentadas hipótesis, es susceptible de operarse una confusión entre lo vivido, lo escuchado y lo imaginado; confusión a la que están más proclives los hijos menores de edad. Esta distinción —entre lo que ocurrió y lo que no ocurrió— se presenta como frágil en el niño o adolescente debido a su predisposición a la sugestión proveniente de sus figuras de autoridad (14).

Claros indicios de que el niño o adolescente no está transmitiendo una voluntad propia se evidencian cuando rechaza, cerradamente, la posibilidad de vincularse con su madre o padre sin ninguna explicación atendible; si acude a argumentos banales y a racionalizaciones frívolas o absurdas para explicar ese rechazo; o cuando se otorga a episodios intrascendentes una gravedad que no tuvieron. En todas esas situaciones descriptas —de codependencia exagerada entre padre o madre e hijo— bajo ningún concepto se puede entender que el niño o adolescente cuenta con madurez suficiente. Repárese que carecería de libertad para poder optar y dimensionar las distintas alternativas; no se advertiría una conciencia reflexiva libre y, por lo tanto, no estaría en condiciones de comprender ni de evaluar las consecuencias que trae aparejadas lo que verbaliza con énfasis; esto es, el corte de relaciones con su progenitor (15).

Un NNA puede ser más maduro para algunas cuestiones que para otras. Al estar involucrado en un conflicto familiar, puede hacer propias opiniones ajenas, no pudiendo expresar sus deseos y necesidades.

Es función de los operadores jurídicos poder advertir estas situaciones y tratar de revertirlas. Creemos que esta ardua tarea no solo debe atribuirse a quienes deben resolver el caso, sino también a los profesionales de los equipos técnicos y a los letrados que patrocinan a las partes,

(14) HERSCOVICI, Pedro, "Falsa memoria", De Familias y Terapia, Rev. del Instituto Chileno de Terapia Familiar nro. 37, año 23, diciembre 2014, ps. 1744-1753, citado por MIZRAHI, Mauricio Luis - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María, "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales: una visión interdisciplinaria", DFyP 2019 (julio), 15/07/2019, 3, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1497/2019.

(15) MIZRAHI, Mauricio Luis - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María, "Niños y adolescentes...", ob. cit.

que en algunas oportunidades tienden a incrementar el conflicto sin advertir que sus clientes son quienes están perjudicando a sus hijos, aunque no tengan la intención de hacerlo.

Finalmente, son también los abogados de NNA quienes no deben limitarse a transmitir la opinión de quienes representan, sino intentar dilucidar si esta es libre, autónoma y genuina, para defender sus verdaderos intereses y necesidades.

IV. El interés superior del niño, niña o adolescente y el derecho a la coparentalidad

Es harto sabido que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 3º, establece que en todas las decisiones que se adopten con relación a NNA, debe tenerse en cuenta su interés superior, y que este se entiende como la máxima satisfacción de sus derechos. Debe brindárseles una protección especial por hallarse en mayor situación de vulnerabilidad que los adultos.

La protección especial a los niños y adolescentes está plasmada en el Cód. Civ. y Com. El art. 706, primer párrafo, establece el principio de la “tutela judicial efectiva” y el de “oficiosidad”; y el art. 709 estatuye que “[e]n los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez”. Igualmente, los arts. 113, inc. c; 639, inc. a, y 706, inc. c, imponen el deber del juez de dar prevalencia al interés superior del niño en los conflictos familiares. Lo expuesto significa que, cuando se habla del interés superior del niño, no solo se apunta al pleno reconocimiento —en tanto persona humana— de los derechos que les asisten a los adultos, sino que también se exige proporcionar a aquel una “protección especial”, un “plus de derechos”, dada su situación de vulnerabilidad; en atención a que no han completado todavía la “constitución de su aparato psíquico”. Es esa protección especial, precisamente, la que se encamina a dar efectividad a todos los derechos que se le reconocen a los niños y adolescentes a tenor de la mencionada convención internacional. Tal criterio lo estimamos esencial pues, como bien se dijo, para ser un hombre en una familia antes se requiere haber tenido un lugar para ser niño (16).

(16) Ibidem.

En cuanto a la coparentalidad, se halla reconocida en el Cód. Civ. y Com., que establece que la responsabilidad parental es compartida, y que el cuidado personal también lo es, aunque los progenitores vivan separados, siendo esta la regla general, pudiendo tener una modalidad indistinta o alternada. Según el art. 652, quien no convive con el hijo debe tener una adecuada comunicación con él, y de acuerdo con el art. 653 inc. a, se prioriza en atribuir el cuidado personal unipersonal —cuando sea necesario— a aquel que mejor asegura el contacto con el otro.

El impedimento u obstrucción de contacto es un delito (ley 24.270), pudiendo configurar esta conducta incluso el derecho a una indemnización por daños y perjuicios, si se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil.

El art. 638 del Cód. Civ. y Com. deja aclarado que la responsabilidad parental es una institución que existe en beneficio de los hijos, y que es ejercida por ambos progenitores. El artículo siguiente menciona como uno de sus principios rectores el interés superior del niño. Por lo tanto, no hay dudas de que la coparentalidad y el contacto adecuado con ambos progenitores es lo que mejor responde a ese interés. Los arts. 652, 653 y 654 refuerzan esta idea, asegurando una adecuada y fluida comunicación con ambos, participación en la toma de decisiones, colaboración e información sobre cuestiones relativas a la educación, salud, persona y bienes de los hijos.

La CDN en el art. 18.1 enfatiza el concepto de obligaciones comunes de ambos padres en la crianza y desarrollo del niño. Cuando el niño se encuentre separado de uno o de ambos padres, en el art. 9.3 se establece el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular. Asimismo, como parte de la construcción de su propia identidad, se establece el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y a preservar las relaciones familiares (arts. 7º y 8º, CDN). La ley 26.061 en su art. 7º establece la responsabilidad prioritaria de la familia, junto a la del Estado y la comunidad, en la protección de las niñas, niños y adolescentes, señalando que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al

cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (17).

La interacción de los hijos con sus dos progenitores hace a la correcta estructuración del psiquismo del niño; a su autoestima personal; a generarle confianza en el mundo; a prevenirlo contra disfunciones y patologías psíquicas; en suma, a no quedar desnutridos en el desarrollo de su identidad al perder la mitad de su linaje (18).

No tener vínculos con uno de sus progenitores genera en el niño o adolescente una grave pérdida de su patrimonio yoico, que es el sustento de su identidad. De ahí que, en el mantenimiento de una adecuada relación con cada uno de sus padres, está en juego el mismo porvenir del niño. El soporte convencional y legal que da cuenta de lo que acabamos de mencionar, es lo que constriñe a los magistrados a adoptar en este punto una posición activa y de real compromiso con las causas que tienen en sus manos. En efecto, el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que "los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (19).

Cuando se plantean conflictos en relación con la coparentalidad, es importante que los NNA sean escuchados en forma activa y adecuada por quienes deben resolver, con el apoyo interdisciplinario que corresponda.

Los adolescentes no están solos, son parte de contextos o sistemas que los influyen. Por ende, la presunción general de que todos los adolescentes judicializados cuentan con madurez suficiente comporta una peligrosa invocación abstracta y descontextualizada de la autonomía progresiva. Es erróneo, por ende, otorgarles a ellos en conjunto, y sin discriminar, una misma

capacidad de decisión, obligándose así a asumir una responsabilidad para la cual indudablemente no todos estarán igualmente capacitados. El adolescente, a diferencia de los adultos, tiene todavía el psiquismo en formación, habida cuenta que no ha completado la constitución de su aparato psíquico. Estamos ante un ser vulnerable a mérito de su situación de dependencia de alguna persona mayor de su familia; y, consecuentemente, susceptible de sufrir coerción de parte de ese adulto sin poder oponerse (20).

Hay que tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes, pero acatar sin más lo que ellos verbalizan comporta privarlos de la protección especial de la que son acreedores, con el consiguiente perjuicio que han de padecer. Ello se compadece con lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2002, según la cual "la participación de niños o adolescentes en un proceso no es la misma que la que hace un adulto... si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales...", con grave perjuicio para aquellos (21).

El asunto que estamos abordando también ha sido motivo de preocupación de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En efecto, esta suerte de interferencias psicológicas de uno de los padres con el ánimo (consciente o inconsciente) de entorpecer los vínculos de un niño con el otro progenitor, ha sido incorporada como una anomalía en junio de 2018. Se trata de una nueva clasificación que se identifica como problemas asociados con las relaciones interpersonales de la niñez (Clasificación CIE-11 dentro del Código QE52.0) (22).

Si se advierte esta situación y se decide judicialmente la revinculación, esta no debe ser compulsiva, sino que debería llevarse a cabo a través

(20) *Ibidem*.

(21) DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "Ni uno más... Reflexiones Psicológicas sobre el Nuevo Proceso Judicial de Familia ante sospechas de alienación parental", Cuaderno Jurídico Familia, 69, ED, Universidad Católica Argentina, febrero 2016.

(22) MIZRAHI, Mauricio Luis - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María, "Niños y adolescentes...", *ob. cit.*

(17) GALLETI, Judith, "Las sanciones frente...", *ob. cit.*

(18) DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "Algunas reflexiones sobre el derecho de visitas desde la visión de un terapeuta familiar", Cuaderno Jurídico Familia, ED, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015, p. 19.

(19) MIZRAHI, Mauricio Luis - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María, *ob. cit.*

de un recorrido terapéutico del que participen ambos progenitores y el hijo, en forma paulatina.

Sin embargo, las órdenes judiciales suelen ser incumplidas, por lo que existen herramientas legales para ejecutarlas y lograr su cumplimiento.

En el art. 557 del Cód. Civ. y Com. se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia. Estas medidas son de lo más variadas: intimación al cumplimiento de lo establecido por convenio o sentencia, astreintes; multas civiles (como en la sentencia comentada) u otro tipo de penas o sanciones pecuniarias; cláusulas penales de origen convencional en las que se establecen anticipadamente el pago de una indemnización ante el incumplimiento; apercibimiento de modificación del régimen de cuidado personal; sanciones penales por impedimento de contacto (ley 24.270); inscripción en registros de padres que obstaculizan el contacto (que existen en provincias como Mendoza), entre otras que la jurisprudencia y la doctrina han ido creativamente elaborando. En última instancia, cuando todo lo anterior haya fracasado y no se haya logrado compeler al cumplimiento del deber de comunicación, podrá entablarse una demanda por daños y perjuicios cuando se encuentren acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil (23).

Estas medidas nos ilustran también de que hay progenitores que tienden a impedir u obstaculizar el contacto de sus hijos con el otro, privándolos a ambos de un derecho fundamental como es el de la adecuada comunicación. No podemos negar una realidad que es visible y frecuente, independientemente de que haya buena o mala fe, y de que dicha obstrucción puede generarse influyendo psicológicamente en la opinión y los deseos del hijo.

No cabe duda de que la interacción de los hijos con sus dos progenitores hace a la correcta estructuración del psiquismo del niño; a su autoestima personal; a generarle confianza en el mundo; a prevenirlo contra disfunciones y patologías psíquicas; en suma, a no quedar desnu-

tridos en el desarrollo de su identidad al perder la mitad de su linaje. Para decirlo en muy pocas palabras, no tener vínculos con uno de los progenitores genera una grave pérdida del patrimonio yoico del niño o adolescente, que es el sustento de su identidad. En definitiva, es el mismo porvenir del niño el que interviene en el mantenimiento de una adecuada relación con cada uno de sus padres. Por eso, el soporte convencional que amparan estos vínculos (arts. 9.3. y 10.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Asimismo, dentro del encuadre jurídico del régimen de comunicación materno o paterno-filial corresponde citar a la ley 24.270 relativa al "impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes". Sin perjuicio de las penas que determinan los arts. 1° y 2° de la ley, es importante mencionar que —conforme a su art. 3°— se regula que "en un plazo no mayor de diez días se dispondrán los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres" (inc. 1); y que, de ser procedente, se fijará "un régimen de visitas provisorio por un término no superior a 3 meses o, de existir, hará cumplir el establecido". Se aclara, además, que en "todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil" (inc. 2). La importancia de las relaciones parento-filiales está prevista incluso en la ley de violencia familiar 24.417 pues, al enumerar las medidas cautelares que habilita a los jueces a adoptar, se menciona en el art. 4°, inc. d, la posibilidad de decretar un régimen de comunicación con los hijos (24).

El sufrimiento que se puede ocasionar a los niños es inconmensurable; porque la rectificación posterior mediante el intento de revinculación llega demasiado tarde y, mientras tanto, se dejó al niño huérfano de un progenitor vivo (25).

El tiempo que transcurre sin contacto, que pueden ser meses y hasta años, no se recupera, y puede generar daños irreparables, por lo cual se debe actuar con mucha cautela y diligencia en este tipo de situaciones, teniendo siempre en

(24) MIZRAHI, Mauricio Luis, "La violencia familiar y las relaciones parento-filiales", LA LEY 29/06/2021, 29/06/2021, 1, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1856/2021.

(25) Ibidem.

(23) GALLETTI, Judith, "Las sanciones frente...", ob. cit.

miras el interés superior del NNA, cuyo psiquismo está en formación y es susceptible de ser “moldeado” por los adultos. Nadie es ajeno a las influencias socioculturales, que forman su identidad dinámica, a la que desde nuestro rol debemos resguardar de posibles injerencias externas que puedan afectarla negativamente.

V. Nuestras conclusiones

A modo de conclusión, estamos en condiciones de afirmar que la coparentalidad es esencial para todo NNA, cuando ambos progenitores están presentes y desean “hacerse cargo” de él. Cuanto más involucrados estén ambos progenitores en la vida de sus hijos, estos se desarrollarán y crecerán de una manera más sana en el sentido integral del término.

Si uno de ellos genera obstáculos para que pueda relacionarse libremente con el otro, es nuestro deber como operadores jurídicos advertirlo y trabajar en pos de revertirlo. Esto es precisamente lo que hizo tanto del magistrado de Primera Instancia como la Cámara en el fallo que estamos analizando.

Creemos que resulta indispensable que todo NNA sea escuchado en un proceso donde se debaten sus intereses, aunque no debe presumirse su madurez suficiente a partir de los trece años, ya que su opinión suele estar condicionada por el contexto social y cultural en el que se desarrolla, muchas veces por constantes opiniones que oye de uno de sus progenitores en contra del otro. La escucha debe ser cuidadosa y acompañada de un equipo interdisciplinario que pueda advertir este tipo de situaciones y trabajar en pos de superarlas.

Independientemente de la denominación que se le otorgue, que sea o no un síndrome, o que pueda hablarse o no de alienación parental, sabemos que existen progenitores que obstruyen y/o impiden el contacto de sus hijos con el otro, consciente o inconscientemente, y que en numerosas oportunidades los profesionales de los Cuerpos Técnicos Auxiliares resaltan que los discursos de los NNA son propios de un adulto que influye en sus pensamientos y manifestaciones.

Entendemos que estas conductas son reprochables, y que no deben ser avaladas por la jus-

ticia. Asimismo, el trabajo interdisciplinario resulta fundamental para advertirlas e intentar revertirlas, a través de procesos terapéuticos de revinculación.

La escucha debe ser activa, seria y responsable, y no un mero trámite exigido por disposiciones constitucionales y convencionales. No creemos conveniente que sea efectuada en forma virtual o remota, a pesar de la pandemia que estamos atravesando, sino que debería ser presencial, en la medida de lo posible, para que haya seguridad de que la persona está sola, ningún adulto está influyendo en su relato, y nadie más va a saber lo que está manifestando. De este modo se le brindará mayor tranquilidad y confianza para explayarse con total libertad.

Si bien consideramos fundamental que se respete el derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, también tenemos la convicción de que esta debe ser genuina, libre y autónoma, sin ningún tipo de condicionamientos. Los profesionales de otras disciplinas otorgan herramientas a los jueces para poder advertirlo y resolver conforme al interés superior del niño en el caso concreto.

Sabemos que todos nuestros deseos y expresiones se hallan condicionados por el contexto social y cultural en el que nos hallamos inmersos. Sin embargo, lo que se debe impedir es que los NNA hagan propios los discursos de uno de sus progenitores, y se nieguen a tener contacto con el otro, en virtud de existir un conflicto de lealtades, o creer una realidad que no es tal, sin una causa válida que justifique la negativa.

La opinión de los NNA no es vinculante, y quien resuelve el caso planteado puede apartarse de ella si advierte esta situación. Por ello, la frase de Platón con la que iniciamos el comentario es más que elocuente, ya que la libertad nos permite ser dueños de nuestras propias vidas, y si amamos a nuestros hijos, entendemos que la mejor opción es permitirles que sean libres e independientes, que vivan su propia vida y no la nuestra.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Daños causados por animal suelto en la ruta. Responsabilidad del Estado. Deber de la actora de acreditar los reiterados avisos a la autoridad que alega en su demanda o la ocurrencia de accidentes similares en la zona con anterioridad. Responsabilidad del propietario. Falta de acreditación de que el animal que protagonizó el accidente sea de propiedad de los codemandados.

Con nota de Mariano Gagliardo

1. — La Corte sostiene como doctrina que, para los casos de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en la vía pública, la responsabilidad estatal únicamente puede ser aceptada si se identifica un deber jurídico de seguridad específico a cargo del Estado, cuyo cumplimiento se omite, siendo insuficiente una imputación relativa al cumplimiento de deberes de seguridad meramente genéricos, en cuyo caso resulta de aplicación la reiterada doctrina según la cual el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte.
2. — Si bien la apelante afirma que era previsible que se produjera el accidente, por ser habitual la presencia de burros en esa zona de la ruta y porque la autoridad policial no intervino, lo cierto es que no aparecen acreditados con el grado de convicción necesaria los extremos apuntados por la recurrente. A diferencia del precedente “Grecco” de la CS, en el que momentos previos al accidente circulaba por el lugar un móvil policial que advirtió la presencia de animales sueltos y nada hicieron los efectivos policiales para prevenir un accidente sino hasta después de producido este y en el que existían, además, numerosas comunicaciones de la empresa concesionaria de la ruta a la policía provincial advirtiendo del peligro que acarrearía la existencia de animales sueltos en la ruta; en el caso se cuenta únicamente con el relato vago de algunos de los testigos que declararon en la causa expresando que se da aviso a las autoridades de la presencia de animales en la ruta, sin indicar ninguna situación concreta, que permita encuadrar las declaraciones en una época y lugar contemporáneos con el accidente de autos.
3. — No se puede pretender una interpretación de la norma del art. 53 de la ley 7663 que lleve al órgano de aplicación, por sí o por intermedio de los organismos policiales de seguridad y tránsito, a patrullar incesantemente todas las rutas de la provincia en busca de animales sueltos, a fin de evitar cargar con responsabilidad al Estado en caso de un accidente. Si bien la ley 6773 dispone que la autoridad de aplicación debe controlar que el ganado suelto no obstruya el tránsito en la vía pública, ello tiene que ser entendido dentro de un contexto fáctico que no encuentro configurado en el caso, en el que se trata de un accidente de tránsito ocurrido en un sector rural de la ruta 40, sin luz solar, con escasas visibilidad y sin acreditarse que se hubiera dado aviso previamente a la autoridad policial, a la Dirección de Vialidad o a la Dirección Provincial de Ganadería de la presencia de animales sueltos sobre la carpeta asfáltica.
4. — No se trata, como lo pretende la parte recurrente, de que la demandada pruebe que realizaba trabajos de patrullaje o que revisaba habitualmente el estado de los cierres perimetrales de las fincas con frente a la ruta. Es la parte actora la que debe acreditar los reiterados avisos a la autoridad que alega en su demanda o la ocurrencia de accidentes similares en la zona con anterioridad [1].
5. — No puede considerarse acreditada la propiedad del animal en cabeza de los demandados por el solo hecho de que el accidente ocurrió sobre un tramo de la ruta que linda con su campo y por el dicho de algún testigo que supone que son de su propiedad de porque están en la ruta a la altura de su campo o porque otro testigo haya dicho que en la zona el único que tiene burros es el accionado. Lo cierto y concreto es que no ha quedado acreditado en la causa que el animal que protagonizó el accidente sea de propiedad de los codemandados. Las declaraciones testimoniales indican, por el contrario, que se trata de animales salvajes, que se crían de manera natural y no forman parte del ganado que los codemandados crían en el campo lindero a la ruta en el lugar del accidente.

C2aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., San Rafael, 21/09/2021. - L., T. B. p/sí y por sus hijos menores c. Muñoz, Antonio y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/170406/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La CS, en "Bertinat, Pablo J. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otro", 2000/03/07, TR LALEY AR/JUR/4481/2000, sostuvo que los actores debieron acreditar por los medios apropiados que la frecuencia de los accidentes a que hacía mención el magistrado era de tal magnitud que hubiese debido imponer a los encargados de la policía de seguridad la adopción de las medidas necesarias, para evidenciar así una conducta omisiva de suficiente relevancia que fuera pasible de reproche legal.

COSTAS

Se imponen a la actora recurrente vencida.

CUIJ: 13-04909480-3((020302-16836)) N° 16.836/120.320

2ª Instancia. - San Rafael, setiembre 21 de 2021.

1ª Es justa la sentencia apelada? 2ª Costas y honorarios.

1ª cuestión. — El doctor *Giménez* dijo:

I. Antecedentes:

La Sra. T. B. L., por sí y en representación de sus hijos menores B. N. C. y M. A. C., demanda por daños y perjuicios a A. M., O. A. M., N. A. M. y a la Provincia de Mendoza. Reclama la suma de \$475.000 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más intereses y costas.

Relata que el día 22/02/2009 el padre de sus hijos, Sr. M. D. C., siendo aproximadamente las 6:00 hs. circulaba en su motocicleta Zanella 125, dominio ..., por Ruta 40 Sur de Malargüe, con dirección de marcha hacia el sur, cuando al llegar a la altura del campo denominado Las Chacras, impactó con un burro sexo hembra de pelaje marrón claro con raya negra en el lomo, con marca corte oreja izquierda y marca de fuego en pierna izquierda, que sorpresivamente apareció en la ruta. Que como consecuencia de las lesiones sufridas, falleció el 24/02/2009.

Que los demandados M. son responsables por ser los propietarios o tener la guarda del burro que produjo el accidente, debiendo responder a tenor de lo dispuesto por el artículo 1124 del Cód. Civil. En tanto que la Provincia de Mendoza es responsable del daño causado porque no cumplió con la obligación establecida en el artículo 53 de la Ley 6773 que crea la Dirección Provincial de Ganadería. Afirma que existió culpa y negligencia de los organismos provinciales que no controlaron que el burro suelto no obstruyera

el tránsito. Que también es responsable la provincia por lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 6773.

Los codemandados M. contestan negando la responsabilidad que se les endilga. Niegan tener cría de burros en el campo de su propiedad y que el animal que protagonizó el accidente haya tenido su marca y señal. Que si bien es cierto que son propietarios del campo cercano al lugar del accidente, no es menos cierto que los alambrados perimetrales se encontraban en perfectas condiciones a la fecha del siniestro.

La Provincia de Mendoza también negó responsabilidad en el evento dañoso. Negó culpa o negligencia de su parte. Interpuso excepción de prescripción.

Luego de sustanciada la prueba el Sr. Juez *a quo* dicta sentencia por la que rechaza la excepción de prescripción y también rechaza la demanda. Respecto al rechazo de la demanda, fundamenta su conclusión el sentenciante expresando que de la prueba rendida no surge acreditado que la propiedad del animal sea de los demandados M. Con relación al reclamo contra la Provincia de Mendoza dice el juzgador que el Estado provincial no es el dueño o guardián del animal que se atravesó en la ruta. Afirma, también, que no surge prueba que acredite la culpa o negligencia por razón de omisión en el cumplimiento de las tareas de control.

II. Los agravios:

La queja de la actora puede sintetizarse así:

Afirma que la manifiesta arbitrariedad de la sentencia surge clara si se repara en el hecho de que se ha probado fehacientemente que era habitual la presencia de animales sueltos en la zona, que ello motivó que se realizaran reiteradas denuncias policiales y que las autoridades no han adoptado ninguna medida de control. Que se probó aquello que en el fallo apelado se indicó que debía probarse para que pudiera inferirse la falta de control, esto es las reiteradas denuncias.

Que en las declaraciones testimoniales de los codemandados M. a fs. 71 y 95 del expediente penal y a fs. 189 y 190 de estos autos se destacó la presencia de animales en la ruta, siendo los demás testigos coincidentes en afirmar que ello era habitual. Detalla las declaraciones testimoniales de las que entiende que resulta confirmada la presencia habitual de animales en la ruta.

Señala que todos los testigos declararon que era común la presencia de este tipo de animales en el tramo de la ruta en que se produjo el accidente y también que dicha situación era denunciada a las autoridades

policiales y, lo más importante, que nunca se dio una respuesta satisfactoria ni se solucionó el problema.

Que lo cierto y relevante —desde el punto de vista procesal— es que frente a la probada existencia habitual de animales sueltos en la ruta y las reiteradas denuncias, la demandada no intentó ni siquiera probar que hubiera realizado tarea alguna de control para evitar un accidente.

Que no obstante lo sencillo que era para la Provincia probar qué acciones había desplegado, la demandada no ofreció ni produjo la más mínima medida de prueba tendiente a demostrar que hubiese realizado las medidas impuestas por la Ley 6773 en sus artículos 53 y 54.

Que se trató de un accidente que era perfectamente previsible que se produjera, si se tiene en consideración que era habitual la presencia de burros a esa altura de la ruta y que, ante ello, la autoridad policial no intervino, a pesar de las numerosas denuncias.

En segundo lugar denuncia manifiesta arbitrariedad en la valoración de la prueba rendida. Le agravia que el inferior no trate ni explique por qué razones no le asigna el menor valor probatorio a todas las declaraciones testimoniales, tanto las ofrecidas por la actora como por la parte demandada y las rendidas por los propios codemandados. Entiende que la absoluta omisión de esta prueba a todas luces relevante descalifica por completo al decisorio apelado por su arbitrariedad.

Que a ello se suma que el sentenciante no asigna efecto alguno a la postura procesal asumida por la demandada en relación con la prueba de aquello que efectivamente ocurrió en el orden de la realidad. Que por aplicación de las cargas probatorias dinámicas era claro que era la demandada quien se encontraba en mejores condiciones y era la única que en realidad podía probar cuáles eran las medidas de control y guarda que habría llevado a cabo para cumplir con sus tareas de control.

Que la demandada no se tomó ni siquiera el trabajo de probar que realizara patrullajes permanentes por la zona, que revisara habitualmente el estado de los cierres perimetrales de las fincas con frente a la ruta o que, ante la presentación de denuncias, hubiera adoptado alguna de las medidas que concretamente le impone la normativa, tales como secuestrar inmediatamente los animales sueltos y remitirlos a un corral.

Analiza, a continuación, las disposiciones de la Ley 6773, en especial artículos 53 al 56, 172, 15, 22 y 28.

En tercer lugar denuncia dogmático apartamiento de la doctrina que emana de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dice que al efectuar una cita dogmática de un precedente de la Corte se omite por completo realizar un adecuado análisis del caso a la luz de los lineamientos que surgen de toda la jurisprudencia del máximo tribunal sobre la materia.

Que ello resulta evidente cuando se repara en la circunstancia de que se ha citado solo una parte de la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la materia y se ha omitido aplicar los precedentes de los que surge el marco teórico en el que debía encuadrarse jurídicamente a los hechos del caso.

Que la Corte en los casos “Grecco” y “Cleland” ha efectuado una serie de precisiones que impiden aplicar sin más a este tipo de situaciones la doctrina “Colavita” citada por el inferior o que, al menos, impiden aplicarla de manera dogmática y sin analizar si en el caso concreto se han cumplido adecuadamente las tareas de control. Que son precisiones que impiden limitarse a considerar que se trata en todos los supuestos de situaciones en las cuales no le cabe intervención alguna a las autoridades, debiendo a tales fines tenerse en consideración cuáles son los deberes que en cada caso concreto son impuestos por la normativa a las autoridades.

Analiza, a continuación, lo expuesto en los casos “Grecco” y “Cleland” en relación a la doctrina del precedente “Colavita”.

Le agravia que en el fallo recurrido no se haya efectuado consideración ni tratamiento de lo que considera una cuestión central para la resolución de la causa, cual es que los deberes de actuación que no han sido observados por las autoridades no son genéricos, sino concretos. Que son obligaciones concretas que vienen impuestas por la Ley 6773 a la Dirección de Ganadería de la provincia. Que se trata, según lo explica la Corte en el caso “Cleland” de un deber de seguridad específico previsto en los artículos 53 y 54 de la ley 6773.

En cuarto lugar denuncia que no se ha aplicado el marco jurídico tuitivo impuesto por el sistema interamericano de derechos humanos, de jerarquía constitucional. Afirma que la decisión a adoptarse en el presente caso versa nada más ni nada menos que sobre el derecho a la vida, y los derechos fundamentales de los hijos menores de edad que han sido injustamente privados de su padre por la desidia estatal.

Que no alcanza con que el Estado se abstenga de incurrir en acciones violatorias de los derechos hu-

manos, sino que se demanda un plus de tutela que conlleva a la intervención en las relaciones privadas.

También denuncia violación al principio de congruencia. Que el inferior afirma que no se probó la existencia de accidentes en la zona y de ello infiere que no se ha probado la falta de control adecuado. Que con ello se viola el principio de congruencia en tanto se incorpora y resuelve en base a un extremo fáctico que en ningún momento fue planteado por las partes, en clara vulneración al derecho al debido proceso.

Le agravia que el *a quo* haya considerado que no se ha probado que la propiedad del animal que causó el accidente sea de los codemandados y que, por otro lado, haya descartado la eventual responsabilidad que pudiera derivarse del hecho a la luz del artículo 2342 inciso 3. Que contrariamente a lo razonado en la sentencia, ninguna duda puede haber acerca de que las constancias de autos obligaban a concluir en que no se sabe de quién es el animal que se interpuso en el camino del padre de los actores. Que el supuesto de hecho previsto por la norma está configurado, ya que no se sabe quién es el dueño, lo cual, si se interpreta a la luz de las disposiciones de la Ley 6773, obliga a interpretar que la provincia debe responder por el accidente.

Expresa que el incumplimiento de la demandada no solo proviene de uno de sus órganos, la Policía de Mendoza, como erróneamente lo ha entendido el *a quo*, sino también, e incluso principalmente, de la Dirección de Ganadería.

Pasa luego a tratar los agravios que le provoca la exclusión de la responsabilidad respecto de los codemandados M. Denuncia manifiesta arbitrariedad en la valoración de la prueba de la existencia de burros en el campo de estos.

Expresa que los propios codemandados habían admitido en sede penal que en su campo había burros desde que lo adquirieron en 1981, asumiendo en sede civil una conducta evasiva al limitarse a sostener que en su propiedad no se criaban burros. Que la diferencia entre criar y tener burros en el campo evidentemente fue un recurso utilizado con la finalidad de evitar reconocer nuevamente aquello que ya había sido anteriormente admitido, esto es que al momento del accidente había burros en el campo.

Que más allá de ello, lo verdaderamente trascendente es que las declaraciones de los demandados en sede penal no han sido en absoluto tenidas en cuenta al dictar sentencia. No se explica cómo puede ponerse en duda en la sentencia que en el campo de M. exis-

tieran burros si el propio O. A. M. en el expediente penal reconoció que desde la fecha que compraron el campo se encontraban asnos del tipo silvestres, no existiendo propietario de los mismos, ni nunca nadie reclamó su propiedad. Que al ser silvestres no son utilizados en ninguna labor del campo ni vendibles.

Que A. M. declaró en el mismo expediente penal que los burros se crían de forma silvestre en el campo y en los campos de los vecinos, que los burros son como lobos, que no tiene el control sobre ellos.

Que al contestar demanda no se negó que en el campo existieran burros o que el que provocó el accidente hubiera salido de su campo, sino que se negó que allí se criaran burros. Que resulta arbitrario el decisorio cuando afirma que no se ha acreditado la existencia de burros en el campo.

Que encontrándose probada la existencia de burros en el campo de los demandados M., le agravia que se haya decidido excluirlos de responsabilidad acudiendo al argumento de que no se probó la propiedad registral del animal. Indica que razonar de ese modo implica poner en cabeza de las víctimas la producción de una prueba diabólica. Que lo cierto es que las concretas circunstancias del caso ponían de manifiesto que no podía eximirse de responsabilidad a los demandados.

Que estando fuera de discusión que el accidente se produjo a un costado de su campo, en el que había burros, por estricta aplicación de las cargas probatorias dinámicas, eran los codemandados quienes se encontraban en mejores condiciones de probar que el animal no había salido de su campo y desvirtuar las distintas pruebas obrantes en la causa. Cita las declaraciones testimoniales de A. C. y de C. O., agravándose que se haya omitido por completo la meritución de determinantes elementos probatorios.

Que resulta evidente que no puede pretender hacerse recaer la carga probatoria de todos los extremos apuntados sobre la parte actora, tal como lo ha hecho el inferior. Que en el caso los demandados no solo han admitido la existencia de burros en su campo y que salían y entraban, sino que de la testimonial rendida en estos autos y en sede penal, surgen indicios por demás suficientes que permiten afirmar que a los codemandados M. no podía relevárselos de su deber de responder por el accidente ocurrido, salvo que probaran una causal eximente.

Los codemandados M. contestan a fs. 306/309. La Provincia de Mendoza lo hace a fs. 311/317 y Fiscalía de Estado a fs. 323/326, en todos los casos solicitando el rechazo del recurso, con costas.

III. Análisis de la cuestión a resolver:

1) En primer lugar conviene destacar que la defensa de prescripción opuesta por la codemandada Provincia de Mendoza ha sido rechazada por el *a quo* y ha devenido firme y consentida.

2) Los agravios vertidos por la parte actora remiten a la responsabilidad que pueda caberles a los demandados en la producción del evento dañoso que provocó la muerte de M. C. El Sr. Juez *a quo* entendió que tanto la Provincia de Mendoza como los codemandados M. no resultan responsables, la primera por no ser el dueño o guardián del animal que causó el siniestro y por falta de acreditación de la culpa, negligencia u omisión en el cumplimiento de sus tareas de control. Con relación a los Sres. M. por considerar que no se acreditó que fueran los propietarios del animal.

La parte actora trae al proceso la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos en que se reclama la responsabilidad del Estado en los daños y perjuicios causados por accidentes con animales sueltos en las rutas.

Dice que el *a quo* ha realizado una interpretación dogmática del fallo “Colavita”, sin efectuar un análisis a la luz de la jurisprudencia que surge de otros fallos del mismo Tribunal. Cita a sus efectos los casos “Grecco” y “Cleland”.

En “Colavita” la demandada era la empresa concesionaria del servicio de peaje, quién pidió la citación de la Provincia de Buenos Aires. El accidente vial se produjo ante la presencia de dos caballos en la ruta, uno acostado y el otro en movimiento. Por esquivar al que se encontraba acostado, el actor colisionó al otro equino.

Dijo el más alto Tribunal (sentencia dictada en fecha 07/03/2000): “1°) Que en las causas publicadas en Fallos: 312:2138; 313:1636, el Tribunal sostuvo, como principio general y con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado” —cuyo incumplimiento se le endilgaba— “no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”. Y agregó: “la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardado-

ra” (Fallos: 312:2138, considerando 5°). Esta doctrina se reiteró en la causa B. 146.XXIV “Bertinat, Pablo J. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.

Ello es así con relación a casos semejantes por cuanto la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124, a su propietario, quien en el caso no ha sido demandado.

2°) Que sentado lo expuesto respecto de la responsabilidad que pretende endilgarse al Estado provincial, forzoso es concluir que tampoco cabe atribuírsela a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario —por la delegación de funciones propia de la concesión— derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que —conforme a los términos pactados— las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública (conf. Reglamento de Explotación. Título segundo. Conservación y Policía; art. 29. Vigilancia).

3°) Que, al margen de ello, no surge del contrato de concesión que la demandada hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente acción, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad (conf. art. 21 del Reglamento de Explotación). En efecto, si bien Concesionaria Vial del Sur SA se encontraba obligada en términos genéricos “a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino” (Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación. Título II. art. 6.1 y art. 25 del Reglamento de Explotación), dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido (Título III, pliego citado), enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario.

4°) Que, de este modo, no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones —inherentes al estado de la ruta misma—, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza (faltantes en el lugar del hecho, conf. testifical de J. M. F., preguntas 14° y 15°, fs. 636 y 23°, fs. 637), ya que el Reglamento de Explotación antes citado impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes para impedir la presencia de animales sueltos en la zona del camino, y los erige en “responsables de todos los

gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar” (conf. art. 24).”

En tanto que en la causa “Grecco” —citada por la apelante— el actor circulaba por una ruta provincial, alrededor de las 20.00 hs., cuando un equino cruzó imprevistamente, provocando el accidente que originó la muerte de su cónyuge. La demanda fue interpuesta contra la concesionaria vial que estaba a cargo de la ruta. Como en el caso anterior, la demandada citó a la Provincia de Buenos Aires.

La Corte hizo suyo el dictamen del Procurador General, quién dictaminó así: “II. Debo recordar que, en casos similares al presente, en los que las sentencias recurridas emanan de los superiores tribunales de provincia, en oportunidad de pronunciarse sobre recursos extraordinarios previstos en el orden local, esa Corte Suprema ha expresado que la tacha de arbitrariedad debe considerarse como particularmente restrictiva (Fallos: 313:493; 307:1100; 306:477; 302:418, entre muchos otros).

Partiendo de tal doctrina, relacionaré sucintamente las circunstancias fácticas que —de acuerdo a las constancias del “*sub lite*”— deberán subsumirse en la normativa vigente sobre responsabilidad civil, a los efectos de examinar si los agravios de la quejosa en ese sentido merecen andamiento.

De acuerdo con la prueba rendida, el actor circulaba en su automóvil en fecha 26 de junio de 1994 por la ruta provincial N° 2, alrededor de las 20.00 hs., cuando al llegar a la altura del kilómetro 179 un equino cruzó imprevistamente la carretera, produciéndose de tal forma el accidente que originó la muerte de su cónyuge.

Conforme a las actuaciones sustanciadas en sede penal, la zona en la que ocurrió el siniestro era de carácter suburbano, sin iluminación artificial, y al momento del accidente la oscuridad era total (ver fs. 2 del referido sumario). En momentos previos al suceso circulaba por la zona un patrullero de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, a cargo de los suboficiales L. O. R. y M. R. B., quienes advirtieron —según sus propios dichos— la existencia de animales sueltos en la ruta. Pero solo recién después de sentir el fuerte impacto del choque, encendieron las balizas y la sirena, conducta que razonablemente tendrían que haber adoptado antes, inmediatamente vieron los animales sueltos (fs. 21 y 22, *idem*). Es dable también puntualizar que existieron numerosas comunicaciones de la empresa concesionaria a la policía bonaerense advirtiéndole sobre el peligro que acarrearía en la ruta N° 2 la existencia de animales (fs. 260, 261, 262 y 265 de los principales), y que no fue posible identificar al dueño del equino que desencadenó el incidente.

Desde esta perspectiva, no es irrazonable la conclusión judicial que entendió negligente el cumplimiento de las funciones de los agentes policiales en el caso concreto, y por vía refleja, adjudicó responsabilidad civil a la Provincia de Buenos Aires (art. 1112, Cód. Civil).

III. En las sentencias que tiene dictadas en relación al tema desde el precedente “Colavita y otro c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 323-318) (LA LEY, 2000-B, 757), VE ha expresado que, ante la eventual responsabilidad que generan los accidentes causados por animales sueltos en las rutas, la misma corresponde a sus propietarios, y que la omisión de custodia en las rutas provinciales no hace responsable a la provincia de los daños y perjuicios causados por animales de los que no es propietaria ni guardadora. Pero también aclaró que el poder de policía de seguridad que corresponde al Estado, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad, siempre que ninguno de sus órganos o dependencias haya tenido participación directa (también, Fallos: 323:305 y 323:3599).

A mi entender, y desde la orientación fijada por la citada doctrina, el *a quo* ha invocado la existencia de participación directa de funcionarios policiales de esa jurisdicción, partiendo de las circunstancias fácticas, y han hecho partiendo de normativa local una interpretación posible de las normas de derecho común que rigen la responsabilidad civil, adjudicando negligencia a la conducta de los agentes del Estado provincial y en consecuencia atribuyendo a este responsabilidad refleja, rechazando el recurso de inaplicabilidad de ley por falta de debida fundamentación al respecto.

Es por ello que, en opinión del suscripto, debe desestimarse la queja.”

Por su parte, en el caso “Cleland”, el actor demandó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia por el resarcimiento de los daños sufridos al embestir el vehículo en el que viajaba un equino que imprevistamente cruzó la calzada. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut confirmó la resolución de la instancia inferior que había admitido la pretensión del actor.

La Corte Suprema desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibles a los términos del artículo 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

No obstante ello, cabe remarcar que el Dr. Ricardo Lorenzetti expresó su voto en los siguientes términos: “...2°) Que en casos como el presente, de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión de animales en vías de circulación destinadas a automotores, la responsabilidad estatal únicamente

puede ser aceptada si se identifica un deber jurídico de seguridad específico a cargo del Estado, cuyo cumplimiento se omite. La identificación de tal deber y la comprobación de su omisión, pesa sobre los reclamantes a fin de posibilitar el pertinente juicio de antijuridicidad material, siendo insuficiente una imputación relativa al cumplimiento de deberes de seguridad meramente genéricos, pues en tal caso resulta de aplicación la reiterada doctrina de esta Corte según la cual "...el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa..." (causas B.606.XXIV. "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios"; D.32.XL. "D'Onofrio, Monla V. G. c. Caminos del Atlántico SACV s/ sumario" y M.302.XXXIII. "Martínez Lamas, Manuel c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 7 de noviembre de 2006 y su cita de Fallos: 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265).

3°) Que en el caso la parte actora identificó a la ordenanza 2283/1984 como la norma de la cual deriva el deber de seguridad específico a cargo de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, y fue la ponderación de esa disposición la que llevó al tribunal *a quo* a entender comprometida la responsabilidad de la comuna por omisión de su cumplimiento, decisión que no es arbitraria.

En efecto, mediante dicha ordenanza no solo se estableció la prohibición de dejar animales sueltos en la vía pública, sino que también se instrumentó un procedimiento —que incluía la incautación y el traslado de los animales— para evitar los peligros que se derivaban de esa situación de riesgo. Por lo demás, la finalidad que se persiguió con el dictado de esa norma —mejoramiento de la seguridad vehicular— figura en los vistos y considerandos de la ordenanza. Asimismo, en el art. 6° se ordenó que la dependencia municipal correspondiente elevara "diariamente" un detalle de los animales que habían sido incautados y que "semanalmente" se preparase otro informe sobre las multas abonadas y animales no retirados en el plazo reglamentario. En suma, la disposición municipal exigía una concreta y específica participación y vigilancia activa por parte de la comuna sobre las vías públicas para evitar el ingreso de animales, lo cual implicó la asunción de un deber determinado, el compromiso de prestar un servicio y no una mera declaración de

principios generales referentes a la necesidad de velar por la seguridad del tránsito vehicular.

Por otra parte, cabe tener presente que el accidente de autos ocurrió en el ejido urbano de Comodoro Rivadavia sobre una vía que atraviesa un barrio industrial y cuyo tránsito es intenso porque es la principal vía de acceso a esa ciudad, motivo por el cual la exigibilidad del deber antes indicado debe ponderarse desde una perspectiva más estricta.

En las condiciones expuestas, la propia ocurrencia del hecho muestra la omisión de la municipalidad demandada en el cumplimiento del deber específico que le competía.

Ciertamente, para concluir lo contrario, no son convincentes los argumentos de la recurrente acerca de que la presencia de animales no era frecuente en el lugar, pues ello se ve desmentido por los propios vistos y considerando de la citada ordenanza municipal. Y no son admisibles, tampoco, las críticas que postula con sustento en el art. 1124 del Cód. Civil, porque la responsabilidad que esa norma pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause (que en el caso no se discute), no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole y causa que puede caberle a otras personas por el incumplimiento de deberes propios.

Por último, se destaca que en la causa quedó demostrado que el actor conducía a velocidad reglamentaria y que no tuvo oportunidad de sortear al equino que se cruzó imprevistamente en la calzada, pues su visión estaba dificultada por el camión que circulaba a la par, extremo este que impide la aplicación del art. 1111 del Cód. Civil."

Como puede apreciarse, la Corte sostiene como doctrina que, para los casos de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en la vía pública, la responsabilidad estatal únicamente puede ser aceptada si se identifica un deber jurídico de seguridad específico a cargo del Estado, cuyo cumplimiento se omite, siendo insuficiente una imputación relativa al cumplimiento de deberes de seguridad meramente genéricos, en cuyo caso resulta de aplicación la reiterada doctrina según la cual el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte.

En las presentes actuaciones la actora denuncia incumplimiento por parte de la Provincia de Mendoza de las disposiciones contenidas en la Ley 6773, en particular en los artículos 53 y 54. Afirma expresa-

mente que se trata de un deber de seguridad específico y que se ha acreditado el incumplimiento estatal.

La ley 6773, publicada en el Boletín Oficial el 30/05/2000, crea la Dirección Provincial de Ganadería. La normativa citada por la actora establece: Artículo 53 "La autoridad de aplicación, especialmente por medio de los organismos policiales de seguridad y tránsito, deberá controlar que ganado suelto no obstruya el tránsito en la vía pública."

Artículo 54 "El ganado de cualquier especie, que fuere encontrado deambulando en la vía pública, será inmediatamente secuestrado y remitido al corral público o privado habilitado más próximo.

Previamente, se labrará un acta al efecto, en la que constaran: especie, raza, sexo, pelaje, lugar donde se encontró o secuestró el ganado y marca y/o señal que llevara impuesta."

Atento al tenor de los agravios, que remiten a una omisión del Estado provincial a un deber jurídico de seguridad específico, resulta necesario formular un relato de la prueba rendida, la que puede sintetizarse así:

Autos 220/9/2FP "F. Corr. c. M. A. p/ homicidio culposo (víct. M. C.", de la 2ª Fiscalía Penal de Menores de esta ciudad. Del Acta de Procedimiento de fs. 1 se desprende que el accidente se produjo en ocasión de circular la víctima en una motocicleta Zanella 125, dominio ... por Ruta Nacional 40 Sur a altura de estancia El Chacay. Que la colisión fue con una burra hembra, de pelaje marrón claro con raya negra en el lomo, con un corte en la oreja izquierda y aparentemente una marca de fuego en la pierna izquierda. Que el animal se encontraba sin vida al momento de la constatación. En el croquis de fs. 2 se consignó como lugar del accidente el km 2933 de la Ruta 40.

A fs. 8 prestó declaración testimonial, por ante la Oficial Ayudante de la Policía de Mendoza J. T., el Sr. C. J. O. R. Dijo vivir en el puesto en Ruta 40 sur con su madre. Que crían chivos y algunos caballos. Que el único que conoce que tiene burros en la zona es A. M., que se domicilia en puesto Las Taguas, Campo Las Chacras. Que los alambrados de Las Chacras a veces se encuentran caídos y sabe ver a los burros salirse a la ruta.

A fs. 9 declaró A. C. P. (también ante la Oficial T.). Dijo ser propietario del puesto El Fortín, cercano al lugar del accidente. Que cría vacas, caballos y chivas. Que en la zona el único que conoce que tiene burros es A. M., domiciliado en Campo Las Taguas, al costado Este de Ruta 40 Sur. Que el ciudadano Riquelme también sabía tener burros y se domicilia en puesto

La Vega, bastante alejado de la ruta. Que el alambrado de M. está caído en varios lugares.

A fs. 44 informó SENASA Malargüe. Indicó que en el registro informático no existe similitud exacta con la muestra enviada. Que las probabilidades de encontrar al propietario del animal son escasas debido a que no se envió la marca a fuego del animal si es que la tuviese colocada en el lomo o la carretilla. Que entre los puesteros es común no marcar al animal con todas las señales en sus orejas por la sencilla razón de que en caso de accidente nunca se descubra quién es el titular.

A fs. 57/58 se anexó informe de Policía Científica. En lo que interesa a la cuestión, se especificó que en el lugar del accidente se observaban alambrados perimetrales en ambos costados de la ruta, en el sector oeste a 45 mts. de la banquina y en el sector este a 15 mts. Que a 800 mts. al norte del lugar del hecho se observó una tranquera, sobre el costado este de ingreso a la estancia Las Chacras, la que al momento de la inspección se encontraba abierta. Que un kilómetro más al norte se observó el ingreso a un camping y a campos, que también se encontraba abierta. (conste que la inspección se realizó a las 6.30 hs. del 22/02/2009, vale decir al momento en que fue informada la autoridad policial del suceso dañoso).

A fs. 71 declaró en sede policial, en calidad de testigo, el Sr. O. A. M. G. Dijo que es propietario, junto con su padre y su hermano, de un campo ubicado en Ruta 40 sur, costado este, "Excampo Las Chacras", desde el año 1981, que se dedican a la cría de vacunos, cabalgares y chivos. Que desde que compraron el campo se encontraban animales asnos, "burro", los que son de tipo silvestres, que no tienen propietario, que nadie les reclamó su propiedad. Que al ser silvestres no son utilizados en ninguna labor del campo ni son vendibles. Que en el campo existe una entrada que cuenta con guardaganado y se dirige a la estancia Las Chacras, propiedad de la firma A. y por el lateral de esa entrada estos animales salen hacia la ruta y vuelven a ingresar. Que lo mismo pasaba con otros animales silvestres que existían en el terreno antes que lo compraran, tales como jabalí, avestruces y otras variedades autóctonas de la zona. Expresa que ellos también son víctimas de esos asnos ya que talan el campo y nunca encontraron solución sobre los mismos. Que es imposible reunirlos en algún corral o sacarlos del campo.

A fs. 95 —por ante la Sra. Fiscal Penal de Menores y Correccional— compareció a prestar declaración indagatoria el Sr. A. M. M. Negó el hecho imputado y negó tener animales mulares. Dijo no tener animales de ese tipo en su campo, que los que andan por ahí son silvestres. Que dicen que el burro que protagoni-

zó el accidente estaba marcado pero que desconoce la marca. Que el campo linda a la orilla de la ruta donde ocurrió el accidente y es de su propiedad. Que tiene alambrado de 5 hilos que estaban en buen estado. Que cría vacas y caballos y que los burros se crían en forma silvestre en su campo, como en los campos vecinos. Que los burros son como lobos, no tiene control sobre ellos.

A fs. 97 prestó declaración testimonial el Sr. E. D. O. Dijo que en la zona del accidente hay burros sueltos. Que se supone que son de M. porque están en la ruta a la altura del campo de él, que son muchos burros los que hay en ese lugar, que el alambrado del campo que va desde el ferrocarril hasta la ruta está en mal estado, está caído en parte, en otras partes embancado con arena cuando crece el río. Que esa porción de terreno donde el alambrado está malo la tiene el Sr. M., quién está realizando un título supletorio. Que a quién se le escaparon los burros del campo por tener el alambre roto es a M., independientemente de que tenga o no los papeles necesarios para acreditar la propiedad del campo. Preguntado si es usual que los burros del campo de M. estén en la ruta, respondió que sí, que siempre se ven a la altura de la entrada Las Chacras. Luego respondió —a otra pregunta— que hay más burros en otros campos, pero están más distantes y esos campos están todos alambrados.

A fs. 112 declaró el testigo J. A. H. Dijo ser vecino de A. M. Que ha visto que este tiene burros, vacas y chivas. Que es normal que se vean en la ruta burros, que son salvajes. Que los alambrados de M. están en buenas condiciones. Que no es buena la relación que tiene M. con C. O. y A. C., que han tenido problemas por el campo.

A fs. 113 prestó declaración A. S. C. Dijo ser vecino de M. y que su actividad era la de recorredor del campo de A. Que M. no cría burros en el campo, que no tiene burros. Que los burros son salvajes, saltan de un campo al otro, andan por todos lados. Que el alambrado de M. está en buenas condiciones, que los alambrados están en buen estado. Que conoce a la familia O.-R. y al Sr. A. C., que estos siempre han tenido problemas con M., que aparentemente pelean por el campo de M.

Por último, a fs. 114 declaró O. A. H. Dijo tener campo lindero al de M. Que ha entrado al campo de este y que no ha visto que haya tenido o criado burros. Que si ha visto chivas, vacas y caballares. Que ha visto burros en distintos lugares, inclusive en su propio campo ha visto burros salvajes, que los ha tenido que correr, que no tienen dueño, son muy salvajes, nadie tiene interés en esos animales, están sueltos, van y vienen y nadie los controla. Que es muy común también verlos en la ruta. Que conoce a la familia O. R. y al Sr. C. y que sabe

que han tenido problemas con M. por el campo, que andan disgustados.

La causa penal concluyó por sobreseimiento por vencimiento de la prórroga extraordinaria a los términos del artículo 350 del CPP.

En los presentes obrados se rindió prueba testimonial, la que se resume a continuación.

A fs. 143 declaró C. J. O. Dijo no conocer anteriormente a la actora, que ahora si la conoce; y a los demandados M. que tienen un juicio con su madre. Que sabe del accidente porque eran las 8 de la mañana y llegó la policía a su casa preguntando de quién era el burro. Que les contestó que era de los Sres. M. y que no se le puede poner una seña porque es un animal libre. Preguntado por las características del animal, dijo no saberlas porque no lo vio, pero que sabe que es de M. porque es el único que tiene burros en ese lugar. Luego contestó que a veces se ven animales afuera (en referencia a la ruta), pero no se sabe de quién son. Preguntado por si los vecinos han denunciado a la Policía Rural para que saquen los animales de la ruta, contestó que “no, ahí no. Tuvo que pasar un accidente para que hagan algo”.

R. J. V. declaró a fs. 144. Dijo que siempre vio burros en la estancia Las Chacras de M. Que ha visto burros en la ruta y que eran de M. Que los vecinos se han quejado a la autoridad policial, que no han tenido respuesta porque todavía están los animales allí.

A fs. 154 declaró A. C. Dijo conocer del accidente porque salió a recorrer su campo en bicicleta y encontró un burro muerto, que estaba la Policía y lo puso de testigo. Que antes del accidente los burros vivían en la ruta, que los corría para el alambrado y tenían gateras en el campo, para adentro del campo de los M., que por las gateras se refiere al alambre bajo y roto. Que calcula que los burros a que hace mención serán de M. Que el burro del accidente era de esos mismos, que andaban como siete. Que el campo de M. se llama Las Chacras, que antes era Campo el Fortín, que M. les hizo “a nosotros” un juicio de título supletorio, que ellos ese campo lo habían comprado, era de R. D. Que el día del accidente fue con la Policía a las gateras que nombró y ahí había rastros de donde habían salido los burros. Que esas gateras las hacen los mismos animales, que estaban en el campo de M. Que siempre se ha avisado de los animales en la ruta y que las autoridades nunca les dieron solución. A una repregunta responde que no sabe de quién sería el burro que protagonizó el accidente.

A fs. 156 declaró W. D. V. Dijo haber ido al campo Las Chacras a trabajar, que ha visto vacas y burros. Que iba gente a comprar los burros para los chorizos.

Que los ha visto al lado de la tranquera. Que no sabe si los vecinos se han quejado a las autoridades policiales por el peligro de los animales en la ruta. Que no sabe de quién era el burro que protagonizó el accidente.

C. R. A. declaró a fs. 189. Dijo saber que M. tiene ganadería en el campo, que tiene ganado vacuno y chivas y cabras. Que no tiene presente que haya tenido burros. Que su campo limita con el de la familia M. en la parte oeste. Entiende que M. mantiene en buenas condiciones los alambrados.

A fs. 190 declaró A. S. C. Expresó que conoce el campo de los M., que los alambres están siempre en mantenimiento, bien arreglados. Que ha trabajado en el campo de M., que burros no se crían, que se crían vacas y cabras. Que se ven burros sueltos en la ruta, que son burros salvajes que pasan de un alambre a otro, que se pueden encontrar en cualquier sector de la ruta. Que nunca se supo de quién era el burro que protagonizó el accidente. Que es común dar aviso a la Policía, pero la Policía poco hace.

Por último, a fs. 191 declaró J. A. M. Dijo que el campo de los M. tiene buenos alambrados, que están limpias las orillas de los alambrados. Que ha visitado el campo para los rodeos y no ha visto crianza de burros allí. Que se ven mucho los burros en ciertas partes en la ruta, pero no se sabe quiénes son los dueños porque son animales silvestres prácticamente. Que se pueden encontrar en cualquier sector de la ruta. Que desconoce quién era el propietario del animal que protagonizó el accidente. Que se da aviso a la Policía ante la presencia de animales en la ruta. Que las tranqueras están con guardaganados.

Prácticamente en su totalidad la prueba colectada consiste en los testimonios resumidos precedentemente.

Los testigos no han sido contestes en sus declaraciones. Así, unos testigos dijeron que los alambrados del campo de la familia M. se encontraban caídos o en mal estado (C. O. y A. C.), mientras que otros dijeron que los alambrados estaban en buenas condiciones (J. H., A. C., C. A. y J. M.). En general los testigos corroboraron la existencia de burros en la calzada de la Ruta, algunos aclararon que se trataba de animales salvajes, que no tienen dueño. Respecto a haber dado aviso a las autoridades de la presencia de estos animales en la ruta, las declaraciones también varían. C. O. dijo que no se daba aviso a la Policía, que tuvo que pasar un accidente para que hagan algo. Por su parte R. V., A. C., A. C. y J. M. dijeron que se da aviso a la Policía de la presencia de animales sueltos, sin formular mayores precisiones respecto, por ejemplo, a situaciones concretas en las que se hubiera dado aviso a la autoridad, fechas exactas o aproximadas, unidad

policial a la que se dio el aviso, sector de la ruta en la que se encontraban los animales, etcétera.

La apelante afirma que era previsible que se produjera el accidente, por ser habitual la presencia de burros en esa zona de la ruta y porque la autoridad policial no intervino, pese a las numerosas denuncias. Lo cierto es que no aparecen acreditados con el grado de convicción necesaria los extremos apuntados por la recurrente.

A diferencia del precedente de la Corte de Justicia de la Nación "Grecco", en el que momentos previos al accidente circulaba por el lugar un móvil policial que advirtió la presencia de animales sueltos y nada hicieron los efectivos policiales para prevenir un accidente sino hasta después de producido este y en el que existían, además, numerosas comunicaciones de la empresa concesionaria de la ruta a la policía provincial advirtiendo del peligro que acarrearba la existencia de animales sueltos en la ruta, comunicaciones que se acompañaron como prueba a la causa; en los presentes obrados se cuenta únicamente con el relato vago de algunos de los testigos que declararon en la causa expresando que se da aviso a las autoridades de la presencia de animales en la ruta, sin indicar ninguna situación concreta, como se refirió precedentemente, que permita encuadrar las declaraciones en una época y lugar contemporáneos con el accidente de autos. En el precedente citado, el máximo tribunal nacional entendió que la conducta asumida por los policías luego del accidente la tendrían que haber adoptado antes, inmediatamente vieron los animales sueltos y no luego de producido el evento dañoso.

En "Cleland", el Dr. Lorenzetti en su voto, tuvo presente que el accidente de autos ocurrió en el ejido urbano de Comodoro Rivadavia sobre una vía que atraviesa un barrio industrial y cuyo tránsito es intenso porque es la principal vía de acceso a esa ciudad, motivo por el cual la exigibilidad del deber de seguridad debía ponderarse desde una perspectiva más estricta.

No se puede pretender una interpretación de la norma del artículo 53 de la Ley 7663 que lleve al órgano de aplicación, por sí o por intermedio de los organismos policiales de seguridad y tránsito, a patricular incesantemente todas las rutas de la provincia en busca de animales sueltos, a fin de evitar cargar con responsabilidad al Estado en caso de un accidente. Si bien la Ley 6773 dispone que la autoridad de aplicación debe controlar que el ganado suelto no obstruya el tránsito en la vía pública, ello tiene que ser entendido dentro de un contexto fáctico que no encuentre configurado en el caso de autos, en el que se trata de un accidente de tránsito ocurrido en un sector rural de la Ruta 40, aproximadamente a unos 10 km. de la ciudad de Malargüe, sin luz solar, con escasas visibi-

lidad y sin acreditarse que se hubiera dado aviso previamente a la autoridad policial, a la Dirección de Vialidad o a la Dirección Provincial de Ganadería de la presencia de animales sueltos sobre la carpeta asfáltica. Nótese que el accidente se produjo en febrero de 2009 y los testigos que declararon que se daba aviso a la policía ante la presencia de animales en la ruta, lo hicieron entre abril y junio de 2013, sin dar precisiones respecto a la época en que se habrían formulado esas denuncias o avisos a la autoridad policial.

La Dra. Highton de Nolasco sostuvo en el caso “Bianchi” “Que este Tribunal decidió, como principio general y con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado” (cuyo incumplimiento se le endilgaba) “no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa” (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265). Y agregó que “la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora” (Fallos: 312:2138, considerando 5°; 323:305, 318; 325:1265)...” (CSJN, 07/11/2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y/u otros”).

No se trata, como lo pretende la parte recurrente, de que la demandada pruebe que realizaba trabajos de patrullaje o que revisaba habitualmente el estado de los cierres perimetrales de las fincas con frente a la ruta. Es la parte actora la que debe acreditar los reiterados avisos a la autoridad que alega en su demanda o la ocurrencia de accidentes similares en la zona con anterioridad. “En efecto, los actores debieron acreditar por los medios apropiados que la frecuencia de los accidentes a que hacía mención el magistrado era de tal magnitud que hubiese debido imponer a los encargados de la policía de seguridad la adopción de las medidas necesarias, para evidenciar así una conducta omisiva de suficiente relevancia que fuera pasible de reproche legal.” (CSJN, “Bertinat, Pablo y otros c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, 07/03/2000, La Ley Next Online).

Corresponde, a continuación, analizar los agravios relacionados con la responsabilidad de los codemandados M. El *a quo* rechazó el reclamo en su contra por entender que no se acreditó la propiedad del animal causante del accidente.

La parte actora entiende que dicha propiedad está acreditada con las declaraciones de los testigos y de los propios demandados en la causa penal.

Entiendo que también asiste razón al *a quo* en este punto. En efecto, las marcas encontradas al animal que protagonizó el accidente no encuentran similitud con el registro informático del SENASA. Este organismo informó a fs. 44 de la causa penal que las probabilidades de encontrar al propietario del animal son escasas debido a que en la muestra no se envió la marca a fuego del animal si es que la tuviese colocada en el lomo o en la carretilla. Recordemos que se enviaron muestras de la oreja del animal. Que en el acta de fs. 1 —labrada por la autoridad policial el día del accidente— se consignó que el animal tenía un corte en la oreja izquierda y, aparentemente, una marca de fuego en la pierna izquierda. Refiere el informe que existen dos señales que pueden tener una relación directa con la de las marcas enviadas, ya que poseen un corte similar, las que se identifican a fs. 45 como marca N° ..., propietario A. J. H., domicilio ..., Malargüe; y Marca N° ..., propietario P, N., domicilio ..., Malargüe. En ningún caso se trata de los coaccionados M.

En tanto que los testimonios rendidos son dispares en cuanto a la acreditación de la propiedad del animal. Así, en sede penal J. A. H., A. S. C. y O. A. H. dijeron conocer de la existencia de burros salvajes en la zona, solo J. H. dijo que M. tiene burros en su campo, los restantes expresamente dijeron que M. no cría burros.

En los presentes obrados C. O. dijo que M. es el único que tiene burros en ese lugar, pero luego dijo que a veces se ven animales en la ruta pero que no sabía de quién son. También dijo que no se les puede poner una seña porque son animales libres. A. C. dijo creer (“calculo”) que los burros son de M. y luego ante una repregunta concreta expresó no saber de quién sería el burro que protagonizó el accidente. También hizo referencia a unas gateras (espacio en los alambrados por los que se pasan los animales de un lado a otro) en el alambrado de M. y que las inspeccionó con la autoridad policial, constatando rastros de donde habían salido los burros. Esta constatación no consta en el acta policial obrante a fs. 1 del Expte. Penal. Además, en el informe de Policía Científica se dejó constancia de la existencia de alambrados perimetrales en ambos costados de la ruta, sin mencionarse roturas o la existencia de “gateras,” tal como las denominó el testigo C.

W. V. dijo no saber de quién es el burro accidentado. A., cuyo campo es lindero al de los demandados, no tiene presente que M. haya tenido burros. A. C. (ya había declarado en sede penal) dijo que M. no cría burros. Que en la zona hay burros salvajes que pasan

de un alambre a otro. Que nunca supo de quién era el burro accidentado. De manera similar a este declaró J. A. M., quien no ha visto crianza de burros en el campo de M., que sí hay burros en la zona, que son animales silvestres prácticamente. Desconoce quién era el propietario del burro accidentado.

Como puede apreciarse, en su mayoría y justificando sus dichos, los testigos han avalado el relato de los demandados, en desmedro del reclamo de la parte actora. En efecto, no puede considerarse acreditada la propiedad del animal en cabeza de los Sres. M. por el solo hecho de que el accidente ocurrió sobre un tramo de la ruta que linda con su campo y por el dicho de algún testigo que supone que son de propiedad de M. porque están en la ruta a la altura de su campo o porque otro testigo haya dicho que en la zona el único que tiene burros es M. Lo cierto y concreto es que no ha quedado acreditado en la causa que el animal que protagonizó el accidente sea de propiedad de los codemandados. Las declaraciones testimoniales indican, por el contrario, que se trata de animales salvajes, que se crían de manera natural y no forman parte del ganado que los codemandados crían en el campo lindero a la ruta en el lugar del accidente.

Resta indicar que los codemandados O. A. M. y A. M. declararon en sede penal. El primero en calidad de testigo y el segundo en audiencia indagatoria. La parte actora pretende obtener de sus dichos la acreditación de la titularidad del animal. No encuentro que ello sea factible. Es que O. A. M. dijo ser propietario del campo junto a su padre y hermano y que en el mismo existen burros desde antes de que lo adquirieran, que son silvestres, siendo el declarante y su familia también víctimas de estos animales, ya que le talan el campo y nunca encontraron solución. En igual sentido declaró en indagatoria A. M.

IV. Conclusión:

Consecuentemente con todo lo explicitado precedentemente, estimo que el recurso en trato debe ser

desestimado, con la consiguiente confirmación de la sentencia traída en apelación. Así voto.

El doctor *Vásquez Soaje* dijo:

Que adhiere por sus fundamentos al voto precedente.

2ª cuestión. — El doctor *Giménez* dijo:

Atento como se resuelve la cuestión corresponde que las costas del recurso le sean impuestas a la actora recurrente por resultar vencida.

Los honorarios correspondientes a la labor cumplida en segunda instancia se regulan a tenor de lo dispuesto por los arts. 2, 3, 15, 31 y cc. de la Ley 9131 y artículo 33 inciso III del CPCCyT. Así voto.

El doctor *Vásquez Soaje* dijo:

Que adhiere por sus fundamentos al voto precedente.

Por lo que resulta del acuerdo precedentemente celebrado, se resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 268 por la parte actora, confirmando la sentencia de fs. 262/266 y vta., en cuanto ha sido motivo de agravios. II. Imponer las costas a la parte actora recurrente vencida. III. Regular los honorarios profesionales a favor de los Dres. Ariel Navarro Juri y Antonio A. Navarro Juri en las respectivas sumas de pesos ... (\$...) y pesos ... (\$...); a favor de los Dres. Cecilia Vega y Ricardo Alfredo Caro en las respectivas sumas de pesos ... (\$...) y pesos ... (\$...); a favor del Dr. Fabián Alberto Bustos Lagos en la suma de pesos ... (\$...); y a favor de los Dres. María Guadalupe Simone Cajal y Ernesto Nicolás Bustelo en las respectivas sumas de pesos ... (\$...) y pesos ... (\$...). Notifíquese de oficio y oportunamente bajen. — *Dante A. Giménez*. — *Esteban Vásquez Soaje*.

Luctuoso accidente

Mariano Gagliardo (*)

1. En el mundo jurídico, existen temas de relevante interés motivo de algunas controversias y conclusiones que evolucionan acorde la doctrina y variedad de pronunciamientos judiciales. Otros, por el contrario, no generan polémicas o bien resultan indiferentes, ello así, hasta que surgen los hechos que suscitan opiniones dispares.

La sentencia que motiva este limitado comentario se ubica en la consideración que antecede, si bien a medida que se investiga sobre el particular, surgen reflexiones, no a raíz del triste percance decidido, sino por las circunstancias que se vinculan con el tema que resultan cercanos con acontecimientos de la vida cotidiana.

El hombre ha convivido con animales desde tiempos ancestrales y la obligación de responder del primero por daños irrogados por estos, también es antiquísima.

Es que, dentro del amplio campo y matices de las cosas, algunas merecen especial cuidado y atención, mientras que otras deben ser especialmente cuidadas. En estas se encuentran los animales que tienen actividad y vida propia y dentro de estos, merecen su atención aquellos que, por sus hábitos, raza, tamaño, agresividad, antecedentes, tamaño, fuerza, etc. ofrecen singular peligro para la seguridad de las personas y son merecedoras de cuidado y atención.

2. La propia esencia convierte a los animales en potencial causa de daño (1) y demás está decir que por más avezado que resulte un experimentado sujeto en el cuidado o atención de animales —de cualquier especie— no podría asegurar

comportamientos ciertos o reacciones de estos irracionales. Debe tenerse en cuenta que la propiedad o guarda desde una simple “mascota” a cualquier otra especie animal es apta para un mal momento, disgusto o más al ser humano.

¿O acaso no existen múltiples casos, de nuestro conocimiento de un percance sufrido por el dueño de un animal doméstico o domesticado, precisamente con aquel? O bien, el supuesto del daño irrogado por un animal de los que acostumbran a vivir en libertad (tigre, león, etc.) a un “cuidador” o “domador” —en un espectáculo festivo o ronda circense— y, sin ser una lesión mortal, la cornada, zarpazo u embestida de un animal a una persona humana o a una cosa inanimada, causando una lesión. Y, sin agotar la enumeración de periplos, el contagio de animales a otros o a seres humanos. ¿Qué decir de las bacterias y demás infecciones de las que son portadores animales que suelen considerarse inofensivos? ¿O cabe negar los efectos adversos de la hidrofobia, aftosa, toxoplasmosis, psitacosis y otras tantas enfermedades transmisibles al humano de las que son portadores animales?

3. El que antecede es un breve panorama limitar, sin incursionar en mayores detalles de la responsabilidad —*in genere*— que son susceptibles de generar los animales.

Remontándonos a la historia, la Ley de las XII Tablas confería una acción noxal con motivo del daño causado por ciertos animales, contrarios a las previsiones del derecho romano y lo imaginado por Vélez en el art. 1131 del código abrogado. El propósito de la Ley cit., era permitir al lesionado retener al animal cuando caía en sus manos u obligar al propietario a entregárselo para pagar con ellos el daño que le habían ocasionado, a raíz de la idea de culpabilidad en esa relación.

El asunto central, motivo de estas líneas, pareciera no tener mayor relevancia, lo que se

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) MÁRQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/arresponsabilidadpordañosanimaes>.

deduce de su limitación legislativa actual, recordando que, en la obra de Vélez, varios preceptos se referían a la cuestión y tal es el parecer de destacada doctrina.

Sobre el particular, se recuerda la autoridad de Llambías (2) que en el enunciado del tema que nos ocupa dice “Escasa importancia práctica en la actualidad” y en la nota 364 (3) se lee: “Durante el período en que el autor fue juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, que se extendió a dieciséis años, la sala A de ese tribunal que él integraba intervino en una sola causa en la que se ventilara el régimen de daños causado por animales” (textual).

Sin embargo, relejendo las obras de Cazeaux-Trigo Represas (4) y Rezzónico (5), se pueden consultar numerosos supuestos jurisprudenciales, de donde vale la afirmación que el asunto no es menor.

4. El actual Código trata lo relativo a la responsabilidad de los animales en el art. 1759, especificando en su formulación que alude a “cualquiera sea su especie”. En esta última mención, caben animales domésticos, salvajes, feroces, etc. Asimismo, el dispositivo reenvía al art. 1757 que trata: “Hecho de las cosas y actividades riesgosas”, refiriéndose en el caso “a las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza”.

A raíz de esta última afirmación, se concluye que la responsabilidad (del propietario o guardián) es por riesgo creado y la objetivización le cabe al “hecho del animal”, si bien quien aprovecha de los servicios del citado, debe soportar en compensación los perjuicios que aquel ocasiona.

La simplificación normativa no es plena pues en los “modos de adquisición del dominio”, en

(2) Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Buenos Aires, 1976, t. IV-A, p. 648, esp. nota 364.

(3) Ob. cit., p. 649.

(4) “Derecho de las Obligaciones”, La Ley, Buenos Aires, 2010, 4ª ed., t. V, esp. p. 201, notas 30/33.

(5) “Estudio de las Obligaciones”, Depalma, Buenos Aires, 1961, 9ª ed., p. 1375, esp. nota 65.

el art. 1948, se trata de la “caza” y la variedad de implicancias que pueden suscitar divergencias (por caso, un jabalí o una jauría acosados, hieren en su huida a un pasante en un predio).

Quedan como supuestos a dirimir el daño de un animal a otro, así como el daño causado por un animal abandonado, o, bien la lesión que irroga un animal sin dueño.

¿Qué decir en el mundo de las aves?, del halcón, gavián —certeros cuando se lanzan sobre sus presas— palomas, torcazas, calandrias, que son feroces y ocultan en la articulación de sus alas una púa temible.

La responsabilidad por daño causado por el animal es concurrente (propietario y guardián) y el sustento es la posesión o tenencia, aun cuando al ocasionar el daño estuviere bajo guarda ajena. En cuanto al “guardián” que en la terminología del art. 1124 Código de Vélez es “la persona a la cual se hubiese mandado” el animal para servirse de él (locatario, usufructuario, comodatario, etc.), exceptuándose los que están en poder del animal, mas no para servirse de él o utilizarlo (*entraîneur* de un caballo de carrera; herrero; veterinario, etc.) (6).

5. Las precedentes hipótesis de responsabilidad, resultan lineales y no ofrecen mayores dificultades, inclusive si el animal estuviere integrando un inmueble, se lo consideraría como accesorio de esta y el responder patrimonial sería del propietario (7).

Una hipótesis que se observa a diario en nuestro medio es la del llamado “paseador” donde los animales —perros— transitan por la ciudad a horas diversas conducidos por el denominado “paseador” quien con su presencia y carácter conduce a perros de diversas razas, todos entrelazados. Y sucede —como ha acontecido—, si alguno de estos irracionales muerde a un transeúnte, ¿cómo y quién responde del daño inferido? Si se puede establecer cuál fue el animal dañador, responderá su propietario y, en de-

(6) REZZÓNICO, ob. cit., p. 1372, notas 60 y 61.

(7) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Concordado y Anotado”, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. V, p. 679 y ss.

fecto de precisión, debe admitirse que hay una responsabilidad indistinta de cada uno de los propietarios por el total de los daños **(8)**.

Analizando la sentencia de esta nota, no se duda que los familiares del occiso —muerto de manera violenta—, vieron frustrado su reclamo en razón de diversas razones: el animal generador del accidente carecería de marca o señal, que en su defecto hubiera clarificado la propiedad del dañador; las declaraciones de los numerosos testigos, en modo alguno coincidieron; el causante del daño, a estar a la sentencia, no se le conocía dueño y tampoco era animal abandonado. Nada se dice, si la ruta del accidente era una concesión o bien una ruta nacional, cuestión la primera que hubiera simplificado el pleito.

Todo parece indicar que se trató de una ruta nacional y en los casos de accidentes causados por animales sueltos en las rutas, esta corres-

ponde a sus propietarios, y que la omisión de custodia en las rutas provinciales no hace responsable a la provincia de los daños y perjuicios causados por animales de los que no es propietaria ni guardadora.

Y, en la hipótesis, el Alto Tribunal sostiene que para los casos de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en la vía pública, la responsabilidad estatal únicamente puede ser aceptada si se identifica un deber jurídico de seguridad específico a cargo del Estado, cuyo cumplimiento se omite, siendo insuficiente una imputación relativa al cumplimiento de deberes de seguridad meramente genéricos, en cuyo caso resulta de aplicación la reiterada doctrina según la cual el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte.

La extensa sentencia que guía este comentario es de los tantos pleitos donde se configuró un daño sin responsabilidad.

(8) BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2008, 9ª ed., t. II, p. 325, ap. 1438.

CONTRATOS

DOCTRINA

Interpretación contractual: el revés de la trama

Hernán Verly (*)

Sumario: I. Prelusión.— II. La intención común de las partes y la buena fe.— III. Interpretación restrictiva.— IV. Significado de las palabras.— V. Interpretación contextual.— VI. Circunstancias de celebración del contrato, negociaciones preliminares, conducta anterior de las partes.— VII. Conducta ulterior de las partes.— VIII. Naturaleza y finalidad del contrato.— IX. Principio de conservación.— X. Coherencia extrínseca.— XI. Protección de la confianza.— XII. Expresiones oscuras, *favor debitoris* y equidad.— XIII. Contratos conexos.— XIV. Contratos por adhesión.— XV. A modo de conclusión: *in claris non fit interpretatio*.

I. Prelusión

Hace algún tiempo escribimos algunas líneas sobre las reglas de interpretación del contrato en el Cód. Civ. y Com. (1). El punto de partida de ese trabajo fue la indagación acerca de las razones por las que plasmamos los contratos por escrito. La conclusión, luego de varias idas y vueltas, fue que, en definitiva, lo hacemos para que quede constancia escrita de lo acordado, por aquello de que a las palabras habladas se las lleva el viento. Pero, en definitiva, ese afán de hacer perdurar lo convenido en un texto inmodificable por las vicisitudes de la memoria (2)

(*) Abogado especializado en Derecho Económico-Empresarial (UBA). Máster en Derecho Empresario (Universidad Austral, Buenos Aires). Profesor regular adjunto por concurso de antecedentes y oposición de Elementos de Derecho Comercial y Sociedades Civiles y Comerciales (UBA). Profesor de Dinámica Societaria del Programa Máster de Derecho Empresario de la Universidad Austral. Profesor de Títulos de Crédito del Máster de Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés.

(1) Invitamos al lector a complementar el presente artículo con nuestro trabajo "La interpretación del contrato en el Código Civil y Comercial", Revista del Código Civil y Comercial, año VI, nro. 9, octubre de 2020, p. 231.

(2) Entiéndase la expresión no sólo en su significado literal, vinculado a las falencias naturales de esta capacidad intelectual, sino también en sentido eufemístico, referido a la desmemoria propiciada por motivos de conveniencia.

tenía, afirmamos, un destinatario final: el juez o árbitro que, en última instancia, determinaría el alcance de lo pactado frente a la eventual diferencia de interpretación de las partes. Este periplo nos condujo directamente a las reglas sobre interpretación contractual vigentes en nuestro ordenamiento jurídico privado, es decir, básicamente, las previstas en el Libro Tercero del Cód. Civ. y Com. Allí, batimos en detalle el articulado específico vinculado a la materia y expusimos nuestras ideas y nuestra propia interpretación sobre la finalidad y alcance de dichas reglas.

La propuesta, en esta oportunidad, es revisar el revés de la trama, esto es, desandar de algún modo el camino recorrido. Una vez comprendidas las normas sobre interpretación contractual, creemos que puede resultar útil indagar sobre los efectos de tales reglas en el proceso de negociación y redacción del contrato. Dicho de otro modo: ¿qué cuidados, prevenciones y advertencias nos depara el plexo normativo en torno a la interpretación del contrato?, ¿qué enseñanzas útiles para la negociación y redacción del contrato podemos extraer de dichas reglas? Indudablemente, este esfuerzo intelectual nos pone al final del recorrido, es decir, en el momento en que el contrato es interpretado por el juez, y nos hace desandar el camino aconsejándonos sobre el mejor modo de proceder en el *iter* contractual.

En muchos casos, adelantarse a las reglas de interpretación implica evitar que el eventual conflicto se origine o, eventualmente, que se agudice. La experiencia indica que las partes son menos propensas a discutir el alcance de las cláusulas contractuales cuando encuentran que estas son claras y dejan poco margen para debatir su sentido. De manera tal que una correcta redacción del contrato puede prevenir que se susciten conflictos interpretativos o evitar que se agraven. Ahora bien, para verificar si aquella redacción es “correcta”, el mejor modo de hacerlo es contrastarla con las reglas que se aplicarán para su interpretación y hacer que pase por el tamiz de las diferentes pautas hermenéuticas que fija el Cód. Civ. y Com. para la labor del exégeta. Si bien esta tarea puede parecer *a priori* un tanto engorrosa, creemos que este filtro devendrá tanto más automático e inconsciente cuanto más incorporadas tenga estas reglas el redactor del contrato.

En función de lo expuesto, proponemos seguir a continuación un procedimiento análogo al del trabajo anterior, es decir, analizar cada una de las reglas en materia de interpretación, pero ahora desde una perspectiva diversa, orientada a extraer de ellas conclusiones útiles para la praxis contractual cotidiana, comprensiva tanto de la redacción como de la negociación de los términos en que quedará instrumentalmente plasmado el contrato. En algunos casos puntuales, nos referiremos también a instancias ulteriores a su celebración.

Finalmente, aclaramos que en este trabajo nos referiremos especialmente a la categoría de los llamados contratos paritarios, por oposición a la de los contratos de consumo.

II. La intención común de las partes y la buena fe

El art. 1061 del Cód. Civ. y Com. establece que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe. Dado que el recurso a aquella intención constituye la regla axial en materia interpretativa, inveteradamente invocada y aplicada por nuestros tribunales (3), resulta a todas luces

(3) Citamos sólo algunos fallos recientes en el sentido indicado en el texto: CNCom., Sala E, "C., S. c. La Salteña SA s/ ordinario", 06/06/2017, ED, 2017, cita digital: ED-DCCCXXXIII-947; CNCom., Sala A, "G. M., E. C. c. C., J.

conveniente que en el contrato quede plasmada esa intencionalidad. Muchas veces los redactores del contrato cierran el encabezamiento y se sumergen directamente en el articulado que establece las condiciones de aquel y los derechos y obligaciones de las partes. Ya nuestro viejo maestro en la materia, el recordado profesor Francisco de la Vega, nos recomendaba en el último año de nuestro paso por las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que, previo a las cláusulas propias del contrato, el instrumento contuviera una declaración de intereses de las partes, dado que ello facilitaría la comprensión e intelección de su texto. Muchas veces esta declaración se enuncia bajo el título de “Considerandos”, pero sea cual fuere el apelativo que se utilice, lo importante es que las partes declaren en el texto contractual la motivación que las anima, los intereses que las asisten, los objetivos y finalidades que persiguen a través de la celebración del contrato.

Hay, en este sentido, una cuestión importante a considerar, que reiteraremos a lo largo de este estudio: el contrato no es un fin en sí mismo, es un medio. Es decir, nadie celebra contratos porque sí, sino porque aspira a una finalidad. Esta meta es trascendente al contrato y en ella cuajan los intereses e intenciones de las partes. De allí la importancia de una manifestación clara al respecto para orientar al intérprete en la lectura y exégesis del texto contractual.

I. s/ ordinario", 03/11/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/68736/2020, ED, t. 289, cita digital: ED-MIV-710, donde se expresa: "Con lo que, después de celebrado un contrato, se plantea el problema de establecer su correcto significado y alcance o, en otros términos, de determinar el contenido del contrato, esto es, lo realmente 'querido' por las partes por encima de las divergencias e incongruencias respecto de lo manifestado"; "GNC Las Flores SA c. Provincia Leasing SA s/ ordinario", CNCom., Sala E, 07/04/2016, Cita online: TR LALEY AR/JUR/24319/2016, ED, 2016, cita digital: ED-DCCCXXVIII-240, en el que señala con elocuencia: "Ha de tenerse debidamente en cuenta que, además de lo ya expuesto, la interpretación de los contratos debe tender al esclarecimiento del motivo o fin que ha guiado a los contratantes, valorando las circunstancias que rodearon al acto, los antecedentes que pudieron haber influido y la conducta de los interesados. Lo que interesa, es mediante una actividad lógica indagar la causa individual, impulsiva y determinante que los llevó a la contratación, es decir, buscar y fijar los alcances de la manifestación de voluntad con el fin de establecer su contenido".

Esta declaración debe ser tan extensa como lo recomienden las circunstancias del caso concreto, la complejidad de la transacción y, muy especialmente, el nivel de apartamiento de la tipología contractual legal o socialmente previstas (4). Ello, porque en los contratos típicos, seguramente, esta exposición no insumirá demasiadas líneas o, eventualmente, devendrá innecesaria como acontece con ciertos contratos muy estandarizados por el uso, tal como el contrato de locación de inmuebles para vivienda. Sin embargo, aún en figuras típicas de uso generalizado, tales declaraciones pueden resultar relevantes en ciertos aspectos. Un ejemplo de tal importancia, lo ofrece, precisamente, otra subespecie del contrato de locación de inmuebles: el destinado al comercio o prestación de servicios profesionales. No es para nada infrecuente que, luego de celebrado el contrato, se advierta la incompatibilidad entre el rubro mercantil o profesional específico a desarrollar en el inmueble y las estipulaciones del Reglamento de Copropiedad del edificio. En estos supuestos, la declaración expresa del destino comercial específico en el propio contrato puede resultar relevante a la hora de atribuir responsabilidades por semejante desatino.

Otro ejemplo característico de la importancia del esfuerzo de determinación del interés de las partes en el instrumento dentro de la órbita de la tipicidad, lo ofrece el contrato de servicios. Este contrato puede calificarse, a nuestro entender, como el más atípico de los contratos típicos, dado que en su molde naturalmente proteiforme puede encajar un sinnúmero de situaciones diversas. Las declaraciones de las partes respecto de aquellas intenciones, finalidades, objetivos, etc. puede resultar muy importante para acotar el marco de la labor exegética de quien deba interpretarlo.

En un contrato atípico, probablemente, será menester esmerarse más en estas manifestaciones para que el sentido del contrato quede bien planteado desde el inicio. Aun así, en uno u otro supuesto, sea el contrato típico o atípico, serán las circunstancias particulares del caso las que recomienden una declaración de intenciones más o menos detallada. En este sentido, no pue-

de dejar de considerarse que hay diversas clases de contratos atípicos o, por así decirlo, diferentes niveles de atipicidad. Desde este punto de vista, no parecen asimilables los que resultan tales solo por combinar aspectos de diferentes figuras contractuales tipificadas (5), respecto de otros que plasman operaciones económicas completamente novedosas y concebidas específicamente para el negocio concreto. *Prima facie*, el esmero en la redacción de las declaraciones de intención luce más indispensable en estos últimos que en los primeros.

En ciertos casos, dicha intencionalidad puede, eventualmente, no constar en una parte separada del contrato como los mencionados considerandos, sino en su propio cuerpo central, esto es, en el clausulado. Ello dependerá de la estructura del texto que, como hemos señalado y reiteraremos en este trabajo, no depende de una cuestión estética, sino estrictamente técnica orientada a su eficacia.

La exposición de la intención de las partes puede tener importancia desde varios puntos de vista. Sin pretender agotar todas sus ventajas, nos concentraremos en cuatro que, creemos, surgen con bastante claridad y pueden resultar de utilidad práctica.

En primer lugar y como dijimos, dado que la primera regla de interpretación contractual obliga al exégeta a tomar en consideración la intención común de las partes, resulta de todo rigor lógico la conveniencia de plasmar esta en el documento escrito y esmerarse a fin de que quede bien descrita con arreglo a las necesidades que imponga la importancia y complejidad de la transacción. Esto constituye, por cierto, una suerte de paradoja, toda vez que la intención prima sobre el texto literal. Sin embargo, al plasmar por escrito aquella intención, el redactor busca, de algún modo, acercar ambos extremos, es decir, "literalizar" dicha intención. Dicho de otro modo, la declaración expresa de las finalidades, intereses e intenciones de las partes persigue objetivizar lo que de otro modo sería meramente subjetivo y podría dar lugar a un espectro de interpretación demasiado amplio y, por ende, peligroso para las partes. Esto, de alguna manera, traza un cauce para que el

(4) La tipicidad social ha sido destacada desde antaño, con buen criterio, por muchos autores. Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos, Parte general", Víctor P. de Zavallia, Buenos Aires, 1984, p. 68, quien los denomina "contratos usualmente típicos".

(5) Cfr. SPOTA, Alberto G., "Instituciones del derecho civil. Contratos", Depalma, Buenos Aires, vol. I, p. 199.

intérprete despliegue su actividad hermenéutica dentro de los márgenes más o menos acotados que imponga la descripción de la intención de las partes. Esta tarea puede ayudar a evitar sorpresas a la hora de un desarreglo interpretativo entre las partes y a ahorrar las zozobras producidas por la incertidumbre de lo que pueda concluir un juez o árbitro sobre la base de lo acordado.

En el mismo sentido, la declaración de intención de las partes limita la posibilidad de comportamientos de mala fe entre las partes, si alguna de ellas pretende tomar ventaja de una redacción deficiente del texto contractual para pretender una interpretación diversa a lo que efectivamente se tuvo en mira al contratar. Desde este punto de vista, es menester que el redactor del instrumento tenga siempre en cuenta, no solo la posibilidad de una interpretación divergente motivada en una convicción real y leal de las partes, sino también la emergente de una lectura del contrato por la que se pretenda obtener de modo desleal, una ventaja no prevista en las negociaciones, motivada en una deficiencia del texto. No se trata simplemente de lagunas contractuales o *loopholes* como se les llama en inglés, en sentido estricto, sino también de estrechar el campo de interpretación evitando que una eventual deficiencia en la redacción pueda dar lugar a reclamos o pretensiones indeseados que se cuelen a través de una trama textual laxa.

En tercer término, la declaración de los objetivos de las partes impone al intérprete una lente a través de la cual observar el resto del contenido contractual. La manifestación de aquellos intereses al comienzo del contrato constituye así una pieza fundamental que facilita esta labor de interpretación y permite al exégeta observar cada una de las cláusulas con arreglo a esa intención declarada. De esta manera, quien tiene a su cargo la determinación del sentido de lo acordado cuenta con una brújula invalorable para guiarse en este terreno y apreciar en su justo alcance las obligaciones contraídas y derechos adquiridos conforme al texto. Indudablemente, la declaración de la intención de las partes facilita la comprensión del resto del contrato imponiendo un marco interpretativo para su contenido.

En última instancia, la manifestación de la intención de las partes puede resultar útil también durante la negociación. Cuando la redacción

del contrato es contemporánea a dicho proceso —extremo bastante frecuente— el hecho de que las partes se expidan respecto de sus intereses y los objetivos buscados a través de la celebración del contrato puede contribuir a advertir la presencia de puntos de disidencia sobre los cuales será menester trabajar para lograr el acuerdo de partes. Estos aspectos en que las intenciones de las partes no convergen hacia un punto común pueden resultar indiciarios de que las partes no llegarán a un acuerdo a menos que entre ellas logren acercar posiciones. Dado que sin declaración de voluntad común no hay contrato, la manifestación de intenciones inicial viene a establecer el mojón al final del recorrido, es decir, la meta a la que aspiran llegar las partes durante el proceso de negociación. Este camino consistirá entonces en ir dando los pasos necesarios y congruentes para alcanzar dicha meta. Pero si no se establece con cierta precocidad esta meta común, las partes pueden quedarse discutiendo eternamente sobre cuestiones accesorias que no los llevarán al resultado final apetecido. De manera tal que la declaración de intenciones de las partes permite establecer un orden de prioridades en el marco de la negociación, que irá de los acuerdos más esenciales o centrales a los más accidentales o periféricos.

III. Interpretación restrictiva

De acuerdo con el art. 1062 del Cód. Civ. y Com. la interpretación restrictiva procede cuando lo establece una disposición legal o las partes lo acuerdan expresamente. En estos casos prevalece la literalidad de los términos por sobre la indagación de la intención de las partes. Hemos mencionado que, paradójicamente, esta norma no debe ser interpretada literalmente, por cuanto el primer paso de la labor exegética es, habitualmente, la lectura del contrato conforme a sus términos textuales. Así lo ha declarado la jurisprudencia desde año (6). Y ello tiene lógica, pues es natural que,

(6) Cfr. VERLY, "La interpretación...", ob. cit., p. 242. Asimismo, cfr. CNCom., Sala D, "P., J. A. y otros c. Sud Inversiones y Análisis SA y otros s/ ordinario", 27/09/2018, ED, t. 280, cita digital: ED-DCCCXXXVIII-539 (y jurisprudencia allí citada), donde se dice: "Es que si las partes tienen el poder de hacer nacer mediante las palabras los efectos jurídicos que a ellas corresponden, porque el fin económico que se desprende de las palabras es precisamente el que el derecho ampara, el contenido de todo negocio jurídico —la obligación de efectuar una prestación determinada— nece-

si se trata de interpretar un contrato que ha sido plasmado por escrito, se comience la labor exegética con una lectura objetiva del texto. Tal aproximación conlleva, por una cuestión que podríamos llamar connatural al lector, que dicha lectura sea en principio, literal. El problema no versa pues sobre este abordaje inicial que, como señalamos, de modo natural se inclinará por una interpretación literal —salvo que esta resulte en evidente contraste con el sentido común— sino sobre la necesidad de no limitar la exégesis a dicho sentido textual. En nuestro criterio, la recta coordinación de los arts. 1061 y 1062 del Cód. Civ. y Com. impone la obligación de no restringir la hermenéutica al sentido literal, y ordena trascenderlo para apreciar dicho significado bajo el prisma de la intención de las partes, salvo que el límite esté fijado por la propia ley o por el contrato. Pero ello no implica que aquel sentido literal carezca de importancia o deba reservarse exclusivamente para los casos mencionados.

Por ello, consideramos que la redacción del artículo *sub examine* es deficiente. Comparativamente, el Cód. Civil español luce en la especie más claro cuando en su art. 1281 dispone que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se

estará al sentido literal de sus cláusulas. Se trata pues, de una suerte de consagración legal explícita del viejo principio *in claris non fit interpretatio*, sobre el que volveremos al final de este trabajo. Sin embargo, esta norma añade en su segundo párrafo que, si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas. La razón por la que entendemos deficiente, en términos comparativos con el glosado, el texto del art. 1062, es que la amplitud de este parece dejar un resquicio para conductas reñidas con la buena fe. A nuestro juicio, la redacción del artículo y su interpretación literal coordinada con el art. 1061 podrían dar lugar a que algunos contratantes poco escrupulosos y desafectos al comportamiento leal, pretendan tergiversar lo acordado sobre la base de que ello no se aviene a la intención real de las partes. Por el contrario, el Código español parece indicar que cuando los términos son claros no hay posibilidad de interpretaciones distorsivas del sentido literal, salvo que las palabras resultaran contrarias a la intención “evidente” de los contratantes. Entrecomillamos el adjetivo pues nos parece que refuerza la idea de que el apartamiento del sentido claro es excepcional y solo plausible frente a la contradicción manifiesta u ostensible con la intención de las partes.

La forma más común de interpretación literal se verifica cuando las partes recurren al conocido expediente de definir ciertos términos en el propio texto del documento. En casi todos los contratos se utiliza esta técnica, aunque con extensión dispar. En muchos casos, las definiciones comprenden exclusivamente a las partes, al propio contrato y a algún objeto específico como podría ser la cosa vendida o entregada en locación. En instrumentos de mayor extensión, donde las definiciones son ya necesarias para la propia comprensión o intelección del contrato, ellas constituyen una herramienta de rigor para evitar los riesgos de una interpretación inarmónica respecto de los intereses de las partes.

En esta materia tampoco es posible establecer reglas generales rígidas, pero es razonable suponer que a mayor complejidad y extensión del contrato tanto más necesarias serán las definiciones de los términos principales que se utilizan en él. No obstante, es menester destacar que, en principio, desde el punto de vista de la técnica contractual, la definición de un término

sariamente tendrá que depender del significado gramatical de las palabras empleadas". En sentido similar, cfr. CNCom., Sala D, "D. S., V. c. C., V. L. y otro s/ ordinario", 17/12/2019, ED, t. 286, cita digital: ED-CMXIV-54, en donde se señala: "Es sabido que la primera fuente de interpretación contractual es la literal, o sea la que resulta del sentido usual que se les otorgue a las palabras que forman el texto del contrato. [...] Es que, si las partes tienen el poder de hacer nacer mediante las palabras los efectos jurídicos que a ellas corresponden, porque el fin económico que se desprende de las palabras es precisamente el que el derecho ampara, el contenido de todo negocio jurídico, la obligación de efectuar una prestación determinada, necesariamente tendrá que depender del significado gramatical de las palabras empleadas [...]. De tal suerte, cuando las cláusulas son claras, expresas, inequívocas, deben entenderse que traducen la voluntad de las partes, y los jueces no pueden, en principio, rechazar su aplicación. [...] En otras palabras, corresponde estar lisa y llanamente a las previsiones contractuales cuando las palabras que las describen son claras y precisas, es decir, no se advierte ambigüedad en los términos empleados, ni es menester efectuar una labor hermenéutica adicional o recurrir a otras pautas interpretativas, por aplicación del principio de buena fe contractual", y CNCom., Sala D, "Consultora Actis SA c. Banco Macro Bansud SA s/ ordinario", 04/07/2017, Cita online: TR LALEY: AR/JUR/55883/2017, ED, 2017, cita digital: ED-DCCCXXXIV-27.

contractual *a priori* deviene conveniente en la medida en que el vocablo o la expresión se reiteren en el texto. Si la palabra aparece una única vez, no resulta necesaria su definición *ex ante*, aunque puede ser necesaria o conveniente la aclaración de su significado en el momento en que se la utiliza.

El glosario permite asimismo reducir el riesgo de que el intérprete no comprenda cabalmente el sentido de lo expresado y ello dé lugar a una exégesis contraria a lo originalmente previsto. La utilización de perífrasis y términos sinónimos para referirse a los mismos elementos, evidentemente, aumenta el riesgo de que tales objetos sean interpretados como diferentes, pese a tratarse de los mismos conceptos. En cambio, si se utiliza siempre el mismo término o frase para referirse a los mismos objetos, ese riesgo se anula o se mitiga sensiblemente.

Por otro lado, la definición previa de ciertos términos tiene también por objeto reducir la extensión del contrato pues, si no se definiera la palabra desde el principio, cada vez que se la utilizara habría que agregar todos los añadidos necesarios para que se comprenda cabalmente su alcance y significado, lo cual redundaría en una redacción y una lectura extremadamente engorrosas del texto. Así, si el inmueble dado en locación es definido como “Inmueble”, evitamos tener que añadirle al sustantivo, construcciones adjetivas como: “objeto de este contrato”, “objeto de esta locación”, “locado”, etc. Con la definición se ahorra pues mucho en términos de extensión y comprensión del contrato. La experiencia indica, sin embargo, que no es conveniente abusar del glosario de términos sino reducirlo a las definiciones que son necesarias o convenientes para mejorar la intelección del texto, economizar su extensión y asegurar su recta interpretación.

En contratos que involucran cuestiones científicas o tecnológicas que requieren el uso de un lenguaje técnico preciso, es conveniente tener especial cuidado en la utilización léxica para evitar conflictos interpretativos. Indudablemente, estos términos requieren una lectura restrictiva, sujeta a su propia literalidad científica o tecnológica. A este efecto, resulta siempre imperativo tener presente que quien deba resolver aquellos será un juez o un árbitro que, tal vez, no cuenten con conocimientos específicos en la materia. Volveremos sobre este particular en el apartado siguiente.

IV. Significado de las palabras

La norma del art. 1063 del Cód. Civ. y Com. está estrechamente vinculada con la que acabamos de analizar y, en algún sentido, la complementa, pero es menester deslindar correctamente el alcance de cada una de ellas. El art. 1062 fija una pauta interpretativa que podríamos considerar de excepción, pues la regla general es atender a la intención de las partes y, solo en ciertos casos, corresponde aferrarse a literalidad en forma excluyente. El artículo siguiente, en cambio, contempla, en forma implícita, el caso de la polisemia. Conforme a esta última norma, las palabras utilizadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, salvo que otro significado específico surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración.

La enseñanza práctica emergente de esta norma es evidente: en la redacción del contrato hay que tener en cuenta que ese sentido general prevalecerá en su interpretación, de manera tal que, si se van a usar vocablos cuyo significado difiera total o parcialmente de aquel uso general o del atribuido por la ley, será conveniente precisar su alcance. Un buen ejemplo de ello lo constituye el término “persona”, que tiene un significado otorgado por el uso general y otro, no enteramente coincidente, atribuido por la normativa. No obstante, es frecuente observar en ciertos contratos corporativos como los que plasman operaciones de M&A o acuerdos de accionistas, que el propio instrumento asigna un sentido más amplio a dicho término. Así, es dable ver como en muchas de estas transacciones, el término “persona” pretende ser comprensivo de *joint ventures* y otras formas jurídicas de organización de la empresa que no gozan de personalidad jurídica, como las agrupaciones de colaboración o las uniones transitorias. En estos casos en que la intención del redactor del contrato al usar el vocablo no es coincidente con el sentido general o legal atribuidos al término, es necesario tener presente esta regla de interpretación para evitar inconvenientes futuros. Algo similar ocurre con los términos “subsidiaria” y “afiliada”. En el lenguaje corriente e incluso en el doctrinal, estos conceptos contemplan, en general, a las entidades que son controladas por otra. Sin embargo, es muy frecuente (casi un *cliché*) que en el contexto de los

contratos corporativos se incluya también en el concepto a las entidades controlantes.

De lo dicho se desprende que quien confecciona el contrato debe tener permanentemente en cuenta en su labor redactora el sentido de cada palabra que utiliza y contrastar el significado con el que pretende emplear el término versus tres hitos semánticos relevantes: el propio del uso general, el que surge de otros usos posibles, aunque no sea el general, y el consagrado por la ley. Allí donde la intención del redactor diverja de aquellos significados, será menester efectuar una aclaración o definir el término para adjudicarle el significado preciso que se pretende. En este sentido, debe tenerse especial cuidado con los conceptos análogos. Sin pretender hacer un excursus sobre el alcance de la analogía en el ámbito filosófico, resulta ilustrativo citar lo que dice santo Tomás de Aquino al respecto: “[en] los nombres que se dicen analógicamente no hay un solo concepto, como sucede con los nombres unívocos, ni conceptos totalmente distintos, como sucede con los equívocos” (7). A continuación, el ilustre doctor de la Iglesia distingue entre el llamado analogado principal (aquel algo uno que entra en la definición de todos los analogados), y los denominados analogados secundarios (aquellos de los que se predica el nombre por alguna relación al analogado principal) (8). Es dable que determinado término tenga un significado en el lenguaje corriente y/o en el legal que sea levemente diferente de aquel que se pretende asignarle en el contrato. Además de los mencionados precedentemente, un buen ejemplo de ello es el vocablo “capital”, que en el contexto del derecho societario es diferente del asignado por las ciencias económicas y el uso general (9), pero no tan diverso como para evitar que se propicien confusiones. En tales casos, puede acontecer que el significado que se atribuye en el texto sea más restrictivo o más amplio que el que surge del uso general o del legal. Es aquí donde más frecuentemente se dan los problemas de interpretación pues el redactor omitió considerar que su concepto debía ser más limitado o más extenso que el de aquellos usos. En los términos homónimos que el

autor citado denomina “equívocos”, es raro que se produzcan confusiones semánticas. Difícilmente, alguien podría confundir en la palabra “banco”, la institución financiera con el mueble para sentarse. Los vocablos de los que es predicable la analogía en el sentido indicado, es decir, por una suerte de superposición parcial de significados, el deslinde preciso deviene imprescindible. De allí que deban extremarse la cautela y la atención para verificar en todo momento que los términos que se utilizan son los deseados y que no hay posibilidad de confusión a su respecto. De este modo, se impone una elaboración del contrato en la que el sentido de dichos vocablos sea recortado quirúrgicamente por el redactor.

Otra enseñanza que nos depara la norma de interpretación analizada refiere al horizonte cognoscitivo del redactor del contrato. En la confección del instrumento, es menester trascender los límites que marcan el conocimiento de las partes y el del propio redactor. Es bastante frecuente encontrarse con contratos en los cuales el autor del texto no ha hecho el menor esfuerzo por hacer comprensible su contenido más allá del universo cerrado de las partes. Insistimos con una cuestión crucial: los contratos no se redactan solo para que los entiendan estas. Ellos deben resultar comprensibles para terceros porque el destinatario final de su contenido será un sujeto ajeno a las partes: un juez o un árbitro. No volveremos a reiterar aquí los argumentos que vertimos en nuestro anterior trabajo para fundar nuestra tesis de que hacemos los contratos por escrito para que, en última instancia, los entienda un tercero con legitimación para determinar cuál es el sentido final de lo expresado en él. De modo tal que, si queremos evitar las contingencias de una interpretación contraria a los intereses de alguna de las partes (o incluso de ambas) es necesario esforzarse para que el texto contractual sea comprensible para terceros. Esto, muchas veces, puede resultar superfluo para las partes: ellas conocen el negocio, la materia sobre la que él versa, el sector específico de conocimiento que constituye su *metier*. Pero un juez o árbitro no necesariamente contará con estas habilidades. En términos prácticos, ello conlleva el riesgo de que quién en definitiva esté a cargo de determinar el sentido último de los términos contractuales sea una persona que desconozca completamente el ámbito negocial propio del contrato.

(7) SANTO TOMÁS DE AQUINO, "Suma Teológica", I, q. 13, a. 5, c.

(8) *Ibidem*.

(9) Cfr. HERNÁN VERLY, "Apuntes para una revisión de concepto de capital social", LA LEY, 1997-A, 756.

Estas prevenciones no son vacuas, y a veces el contrato debe contener aclaraciones que las partes pueden tal vez considerar *a priori* innecesarias, redundantes o superfluas. De allí también que sea conveniente cierta labor didáctica del abogado que asesora en la redacción del contrato para explicar a su parte el porqué de ciertos recaudos a tomarse para que el texto sea inteligible para cualquiera. No se trata de un capricho sino de una cuestión de conveniencia. No es suficiente que el contrato sea comprensible para las partes pues, de hecho, ellas prácticamente no necesitarían plasmarlo por escrito ni, en caso de hacerlo, esforzarse en una redacción esmerada. Si, conforme a nuestra tesis, los contratos se redactan para que, en caso de conflicto, un juez o un árbitro señalen cual es el norte interpretativo a seguir, es lógico considerar que los textos respectivos deben ser comprensibles para dicho tercero.

Un apartado especial en materia de interpretación contractual y significado usual de las palabras merece la utilización de las preposiciones. Los repertorios jurisprudenciales abundan en casos en los que se aprecia el uso inadecuado de este complemento, y el consecuente conflicto interpretativo que dicha falencia motiva. Las preposiciones son palabras que se utilizan para establecer una relación de dependencia entre dos o más términos. La simplicidad aparente de las preposiciones provoca habitualmente que no se les dispense la debida atención y su uso se torne muchas veces arbitrario, lo que provoca no pocos problemas de hermenéutica. Algunas preposiciones que pueden resultar conflictivas si son mal utilizadas son: 1) “hasta”, que al referirse a una cifra implican un límite (mínimo o máximo) pero que también denotan cierta indeterminación y, por ende, pueden cambiar totalmente el significado de una frase, 2) “contra”, que en el contexto contractual suele utilizarse para introducir una contraprestación, 3) “por”, que habitualmente indica la causa de un determinado acto, y 4) “para”, que usualmente se utiliza para denotar una cierta finalidad. El uso inadecuado de estas y otras preposiciones en el contrato puede llevar a resultados absolutamente reñidos con los intereses de la parte.

V. Interpretación contextual

La interpretación contextual está establecida por el art. 1064 del Cód. Civ. y Com. Se presume que el contrato es un todo coordinado en

el que sus diversas partes guardan una relación de coherencia. En mayor o menor medida, esta es una presunción con la que se encara la interpretación de cualquier texto escrito y no solo del contrato. Cuando leemos un texto literario, existe cierta asunción de que tiene alguna cohesión que lo hace inteligible. Lógicamente, cuestiones estéticas pueden prevalecer sobre este afán de coherencia y así es dable verificar en ciertas obras literarias de vanguardia o experimentales (10) que no existe congruencia entre sus elementos o, por mejor decir, si esta existe, hay que buscarla en patrones distintos a lo que habitualmente llamamos coherencia. Del texto contractual, en cambio, se espera otra cosa. No hay aquí consideraciones estéticas que atender. El contrato, por lo tanto, debe constituir un todo lógico donde sus partes estén relacionadas de modo congruente.

Partir de esta premisa lleva a varias conclusiones importantes. Una de las más evidentes, aunque no por ello menos relevante, es que el contrato no debería ser contradictorio. Si las diversas partes del contrato se contradicen entre sí hay una falla en su instrumentación. Se trata de una de las falencias más importantes en la labor de redacción del contrato, pues opera a nivel lógico-lingüístico. Para resolver la contradicción, una vez que ella está instalada por la deficiencia en la redacción, es necesario apelar al herramental hermenéutico que el Cód. Civ. y Com. provee a tales efectos. Pero, aun así, una respuesta enteramente satisfactoria puede no ser discernible en atención a que dicho arsenal tiene sus limitaciones y, en última instancia, puede ser necesario recurrir a reglas que, estrictamente hablando, no son de interpretación sino de solución de problemas suscitados por las limitaciones de las normas hermenéuticas, como la apelación a un criterio de equidad. La conclusión de ello es pues, que la contradicción debe ser siempre evitada. Para este menester, el redactor del contrato debe intentar, en todo mo-

(10) Pensemos en Joyce o en Faulkner para citar ejemplos clásicos en lengua inglesa. En español podríamos mencionar a ciertas obras de los hermanos Goytiso y a Juan Benet. En nuestro medio, aunque no luzca como texto oscuro, Rayuela de Julio Cortázar es un buen ejemplo de cómo consideraciones estéticas pueden romper la coherencia formal de un texto. Es claro que estos textos no adolecen de incoherencias, sino que la coordinación de sus partes debe buscarse sobre la base de patrones estéticos diferentes a los que calificaríamos como habituales.

mento y aunque resulte paradójico, trascender su propio intelecto y tratar de ver si lo que está escribiendo, resulta no solo comprensible y coherente para él mismo, que goza de una posición de privilegio por el caudal de información que maneja, sino también para otros. Esto implica asumir una suerte de actitud esquizofrénica, y tratar de salir de uno mismo como redactor, y pararse en la posición de un tercero que accede al contrato sin otra información más que su texto, para verificar si las cláusulas resultan coordinadas e inteligibles. A veces, en ciertos casos de cláusulas extremadamente complejas, puede ser útil apelar a un colega que no tenga relación con el tema, para verificar si, a ojos de un tercero imparcial y ajeno al negocio, el texto resulta comprensible. Se trata, en definitiva, de redactar el texto posicionándose permanentemente en el lugar de un tercero extraño a la relación y que accede a aquel sin información aneja que facilite su comprensión.

Otros de los problemas que puede motivar un texto que no resulte coherente son los derivados de la ambigüedad y la vaguedad. Un método que revela cierta eficacia para evitar estos problemas es intentar utilizar siempre las mismas palabras para referirse a los mismos elementos, contenidos, entidades, circunstancias, etc. No se trata, necesariamente, de definir los términos, como se mencionó en el apartado precedente, sino, más simplemente, de mantener cierta coherencia léxica. En este aspecto, es necesario fijar una regla de supremacía: en el texto contractual la eficacia del significado estricto está por encima de cualquier consideración estética. De ello se desprende por ejemplo que, si en cualquier otro texto evitaríamos las reiteraciones y pleonasmos, en el contrato dichas repeticiones son bienvenidas si sirven al objetivo final de clarificar su contenido. En consecuencia, utilizar dos (o más) términos distintos para referirse a un mismo elemento, circunstancia o realidad dentro del contrato importa un problema interpretativo en ciernes. Hemos visto, por citar un ejemplo que se da con cierta asiduidad, que en contratos típicos de uso frecuente y cuya redacción no entraña, en general, dificultades técnicas de entidad, se incurre en este defecto. Así, volviendo al ejemplo ya dado más arriba, es frecuente ver contratos de locación de inmuebles, en los que el objeto locado figura denominado de modos diferentes: “bien locado”, “predio objeto de la locación”, “inmueble”, etc. Y ello, pese a que

la brevedad del texto contractual torna evidentes estas disidencias internas. Si bien en dichos contratos es difícil que puedan suscitarse conflictos interpretativos de entidad sobre tal concepto, el ejemplo sirve para mostrar como muchas veces los redactores no se toman el tiempo suficiente para pasar el “peine fino” al texto y depurarlo de estas imperfecciones. En otras cuestiones o en el contexto de otros contratos, estas falencias aparentemente menores, que podrían pasar por meras desprolijidades formales, pueden deparar más de un dolor de cabeza.

De lo dicho se desprende que el contrato no es una pieza literaria (considerada esta desde un punto de vista artístico). De manera tal que lo estético debe indudablemente ceder frente a la transparencia del significado de lo que se pretende expresar. Es preferible un contrato cacofónico en el que se reiteren los términos a otro más vistoso pero cuya eficacia interpretativa se encuentre amenazada por el uso de palabras o expresiones sinónimas. Lo mismo corresponde decir respecto de la redacción: si en la geometría euclidiana la línea recta es la distancia más corta entre dos puntos, ese es el derrotero que debe seguir la redacción del contrato, esto es, sencillez en la redacción y claridad en la expresión.

Desde un punto de vista práctico, por citar un ejemplo frecuente, la sugerencia efectuada en el párrafo precedente se aprecia en el uso de los pronombres. Dado que la función de estos es, precisamente, reemplazar al nombre o sustantivo, es natural que el redactor del contrato se sienta inclinado a su utilización para evitar reiteraciones. Ello, sin embargo, puede dar lugar a una dosis de vaguedad. Todos los pronombres adolecen de este problema desde el punto de vista de la eficacia contractual, pero especialmente, los personales tónicos (él, ella, etc., utilizados, por ejemplo, para referirse a una parte que ha sido nombrada en la misma frase o cláusula), los demostrativos (este, ese, aquel, etc., usados muchas veces en reemplazo de sustantivos y de personas mencionados previamente), algunos de los relativos (el cual, la cual, etc.), y los personales átonos (se, le, etc.), entre otros. Por supuesto, no decimos que no deban utilizarse estos pronombres, sino que, al usarlos, debe extremarse la cautela para verificar que no conduzca a una interpretación ambigua, por no ser claro el nombre que reemplaza, cuestión

que, en nuestra experiencia, se da con bastante frecuencia. Como el redactor tiene, evidentemente, en mente lo que quiere decir al escribir, muchas veces no se detiene a verificar si el pronombre utilizado puede ser adjudicado semánticamente a dos nombres anteriores que lo precedieron. En caso de duda, es conveniente volver a repetir el sustantivo antes que atentar contra el sentido unívoco del texto en aras de un prurito estético.

Algo similar ocurre con el uso de las expresiones “el mismo”, “la misma”, etc., en función anafórica, que conviene evitar doblemente: primero por su alto grado de imprecisión y segundo porque la propia Real Academia Española desaconseja su uso.

El contrato gana mucho en este terreno cuando quien lo confecciona se esmera en intentar que sus diferentes partes guarden coherencia entre sí. Esta claridad, claro está, redundará en definitiva en beneficio de la seguridad de las partes para evitar que por desaciertos redaccionales se filtren pretensiones ilegítimas o soluciones contrarias a sus intereses.

VI. Circunstancias de celebración del contrato, negociaciones preliminares, conducta anterior de las partes

El art. 1065 del Cód. Civ. y Com. establece que, frente a la insuficiencia de las cláusulas del contrato interpretadas contextualmente, se deben tomar en consideración tres fuentes hermenéuticas. La primera de ellas la configuran las circunstancias del contrato y las negociaciones preliminares. La segunda se refiere a la conducta de las partes, incluida la posterior a la celebración del contrato. La tercera indica una interpretación teleológica que tenga en cuenta su naturaleza y finalidad. Como señalamos en su momento (11), el inc. b) de la norma incluye tácitamente a la conducta anterior y contemporánea a la celebración del contrato, pues tal es el sentido del adverbio “incluso” empleado en el inc. b). Haremos en este apartado nuestras consideraciones sobre las circunstancias del contrato, las negociaciones preliminares y la conducta de las partes anterior y contemporánea a la celebración. Dejaremos la conducta ulterior para un análisis separado.

(11) Cfr. VERLY, “La interpretación...”, ob. cit., p. 247.

Indudablemente, existe un solapamiento parcial entre las tres referencias que hacen los incs. a) y b) del art. 1065: circunstancias del contrato, negociaciones preliminares y conducta previa de las partes. Analizaremos aquí algunas implicancias prácticas en materia interpretativa, de estos elementos tomados en conjunto.

Esta herramienta hermenéutica que propone el artículo analizado bajo el título de “fuentes” es de suma importancia e impone ciertos cuidados y prevenciones para tener en cuenta durante las tratativas previas. Si estas constituyen una potencial fuente de interpretación del contrato, es evidente que hay que prestar cierta atención al material que circula en el contexto de las negociaciones (12). Desde luego, no se trata de ponerse paranoico, pero sí de adoptar ciertos recaudos para limitar los alcances de los intercambios que se producen como consecuencia de las tratativas, para evitar que puedan ser mal interpretados ulteriormente. Ello lleva, por ejemplo, a la recomendación general de que muchas cuestiones deban ser tratadas oralmente y que, en ciertas circunstancias, convenga no dejar constancia de ellas por escrito o, en última instancia, cuidar la redacción de lo que se plasma por ese medio. Esta sugerencia, desde luego, no tiene que ver con una recomendación de obrar deslealmente o de mala fe, sino simplemente, de evitar que los intercambios previos puedan ser interpretados incorrectamente, valga la redundancia, por una errónea interpretación de una norma de hermenéutica, conforme explicaremos a continuación.

En este sentido, es menester reiterar un concepto que luce particularmente relevante y que puede

(12) En “GNC Las Flores SA c. Provincia Leasing SA s/ ordinario”, cit., se hizo aplicación de este principio bajo el anterior Cód. Civil, sobre la base de la descripción del bien dado en leasing, que había sido efectuada en los intercambios previos a la celebración del contrato: “Se advierte que en el contrato no se aludió a ninguna de las características del compresor que adquiriría y por ello, a fin de desentrañar los alcances del pacto celebrado entre las partes, cobra relevancia lo que manifestaron en la etapa previa a la suscripción. [...] Desde dicha perspectiva conceptual, resulta dirimente que la actora hubiera comunicado a la demandada expresamente las características del equipo que pretendía adquirir en la etapa previa. Por eso, aun cuando ello no se hubiera plasmado expresamente en el contrato que suscribieron, la demandada no puede excusarse arguyendo que no conocía los requerimientos de la accionante”.

pasar desapercibido si se interpreta textualmente la norma que analizamos. Las negociaciones conforman un *iter* que se corona con la celebración del contrato. En ese camino, las partes pueden hacerse concesiones recíprocas y puede haber marchas y contramarchas. Hay cosas que se pueden ceder si es que la otra parte también concede algo y, en caso contrario, “revocar” lo inicialmente otorgado. En un marco de buena fe, antes de la celebración del contrato, estas conductas e idas y vueltas de las partes son plenamente legítimas. Lo realmente importante es lo plasmado finalmente en el contrato, puede solo respecto de él puede predicarse el otorgamiento efectivo del consentimiento. Los antecedentes pueden ser indiciarios de las intenciones de las partes durante el curso de las negociaciones, pero de ningún modo pueden ser tomados en un mismo rango de consideración que el texto contractual. Sin embargo, como el Cód. Civ. y Com. no es explícito sobre este punto y los juzgadores (a veces ignorantes de las vicisitudes reales de una negociación contractual) tienden a no diferenciar estos extremos, es necesario ser cuidadoso sobre lo que se pone por escrito en el marco de las tratativas.

Vale decir, a la hora de analizar las conductas de las partes anteriores a la celebración del contrato, nunca debe perderse de vista que el eje de la interpretación continúa siendo el texto contractual. Solo a través del prisma de este texto pueden examinarse las conductas desplegadas por las partes en el momento de la negociación. Y esto es así, sencillamente, porque las partes pueden cambiar su posición a lo largo de las tratativas. Supongamos que, en el contexto de una negociación, dos partes tienen diez puntos pendientes por acordar y que la discusión sobre dichas cuestiones se va a llevar a cabo en momentos diferentes. Está claro que, en estas circunstancias, las partes pueden hacerse concesiones recíprocas transitorias sobre algunos de dichos aspectos de la transacción supeditadas a la obtención de otras tantas en otras cuestiones más adelante. Esta es la mecánica propia del sacrificio-beneficio en el marco de las tratativas. Pero puede suceder que, antes de la celebración del contrato, una de las partes, habiendo hecho sus concesiones sobre ciertos puntos, no obtenga el beneficio esperado y, por lo tanto, dé marcha atrás sobre lo transitoriamente otorgado. Esta conducta solo puede ser revisada en el ámbito de la interpretación del contrato a través

del texto final que quedó plasmado con su celebración. En otros términos, el comportamiento de las partes durante la negociación no genera derechos *per se* (salvo los casos de responsabilidad precontractual), pues ellas son libres de ir y venir en la dinámica propia de las tratativas. Es decir, su conducta durante este período no puede ser considerada vinculante en sí misma. Si dicha conducta es relevante en materia de interpretación, lo es sin perder nunca de vista el texto final acordado (13), pues hasta ese momento, la parte, si se comporta de buena fe, es libre de ir y venir, como le plazca y como mejor conciba la mecánica de la negociación.

Sin embargo, como lo explicado precedentemente no siempre es tomado así por la jurisprudencia y el comportamiento previo de las partes a veces es juzgado de manera autónoma e incluso contraria a lo finalmente convenido, es conveniente ser cuidadosos con los intercambios escritos durante la negociación. A veces es menester tenerle las riendas cortas al cliente para que no se manifieste afirmativamente de manera categórica sobre aspectos parciales sin haber llegado a un acuerdo integral. Ello se ha vuelto particularmente evidente con los adelantos tecnológicos y las facilidades comunicacionales que este reporta.

En este sentido, merecen un párrafo aparte los signos visuales como los emojis y los emoticones, de uso cada vez más frecuente. Recordemos que, así como las palabras del contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, el párrafo final del art. 1063 dispone que la misma regla se aplica a conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta. Desde luego, la clave de esta frase está dada por su parte final y uno podría cuestionar el hecho mismo de si un emoji o un emoticón es o no una verdadera manifestación de consentimiento o una simple manifestación de un estado de ánimo de buena disposición frente a lo comunicado. En cualquier caso, tales reglas en materia de interpretación contractual recomiendan por sí solas cierta continencia en las expansiones lingüísticas y simbólicas tendientes a demostrar la aquiescencia o buena disposición sobre lo manifestado.

(13) Que es lo que nos interesa en este trabajo. En el marco de contratos no plasmados por escrito, dicha conducta previa puede asumir una relevancia mayor.

VII. Conducta ulterior de las partes

El inc. b) del art. 1065 analizado en el apartado anterior en lo que refiere a las conductas anteriores y contemporáneas a la celebración del contrato, habla aún más específicamente de su comportamiento posterior. Esta conducta es muy relevante porque constituye una pieza clave para la interpretación del contrato a la luz de la intención de las partes establecida en el art. 1061. En efecto, una de las fuentes más autorizadas para que el intérprete pueda adentrarse en la intención perseguida por aquellas a través de la celebración del contrato es este comportamiento ulterior. El razonamiento implícito aquí es que la parte, seguramente, se comportará con posterioridad al contrato, de acuerdo con los términos que, a su entender, aquel dispone. De manera que esta conducta, desplegada de buena fe, es un indicio elocuente de aquello a lo que creyó obligarse a través de dicha celebración. Así, lo dispone de manera más explícita el art. 1282 del Cód. Civil español, ligando expresamente ambas pautas de interpretación: “para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato”.

Es poco lo que puede rescatarse de la norma analizada en términos de recomendaciones para la redacción y la negociación del contrato. Se trata, más bien, de extraer sugerencias en torno a lo que puede constituir materia de asesoramiento anterior o posterior respecto del comportamiento que nuestro cliente debe seguir una vez alcanzado el acuerdo con la contraparte. Eventualmente, ello puede conllevar ciertas advertencias y consejos a brindarles en relación con lo que conviene o no conviene hacer con posterioridad, para evitar que se tergiverse el sentido de una cláusula en particular o, en algún caso, de todo el contrato. A veces, frente a disposiciones cuya redacción ha quedado poco clara en el texto final como consecuencia indeseada de la negociación y de la participación de varias manos en la confección final del instrumento, la recomendación al cliente puede consistir en establecer, a través de una conducta uniforme posterior a la celebración, una pauta de interpretación concreta del texto dudoso, de modo de dejar asentada, en los hechos, la propia lectura que se hace de las disposiciones contractuales.

Indudablemente, la problemática de la conducta ulterior de las partes está directamente vinculada con la doctrina de los propios actos, establecida como pauta de interpretación contractual en el art. 1067 del Cód. Civ. y Com., cuyo análisis realizaremos más abajo.

VIII. Naturaleza y finalidad del contrato

En el último inciso del art. 1065 del Cód. Civ. y Com. se señala como fuente de interpretación la naturaleza y finalidad del contrato. Ambos sustantivos se refieren, a nuestro entender, a dos cuestiones diferentes, aunque estrechamente vinculadas entre sí. La naturaleza del contrato opera, a nuestro criterio, en el plano jurídico. Es decir, tiene que ver con las características propias que el derecho atribuye a ese negocio jurídico. Esto no se reduce exclusivamente a la tipología en sentido estricto, pues de otro modo quedarían excluidos los contratos atípicos. Se trata, más bien de la forma en que esa operación económica es tratada por el derecho en sus diferentes aristas. Así, por ejemplo, a los contratos atípicos les resultan aplicables, desde luego, las diversas dimensiones propias de la categoría contractual, como la posibilidad de su encasillamiento en ciertas clases, o la determinación de los elementos que resultan esenciales, naturales o accidentales, etc.

La finalidad, en cambio, se relaciona más con el negocio que las partes se proponen desde el punto de vista económico o, dicho de otra manera, la realidad económica subyacente al contrato. Desde luego, ambos planos están estrechamente vinculados, pues el análisis jurídico del contrato desde el punto de vista de su naturaleza no puede prescindir de la finalidad económica que él trasunta. La conclusión práctica a la que nos lleva esta pauta de interpretación no difiere de las recomendaciones que surgen del análisis de otras reglas exegéticas que hemos visto más arriba: una explicación más o menos detallada de la operación económica a la aspiran las partes a través del contrato puede facilitar mucho su lectura y ahorrar conflictos de interpretación que podrían surgir en caso de que se prescindiera de tal descripción.

IX. Principio de conservación

El art. 1066 del Cód. Civ. y Com. consagra este principio de antigua raigambre. Además, el mismo artículo se refiere a la interpretación cohe-

rente con el objeto de que, a nuestro modo de ver, debe ser analizada separadamente pues se trata de una regla hermenéutica diferente. El principio de conservación del contrato no es, en rigor, una norma de interpretación, pues no está enderezada a dilucidar el sentido de una manifestación, sino que aporta una solución concreta frente a una duda específica: la eficacia del acto o de una de sus partes. Desde el punto de vista de la labor de redacción del contrato, la aplicación de este principio nos advierte sobre ciertas cuestiones para tener en cuenta.

El Cód. Civ. y Com. ha sido poco claro en materia de normas imperativas. Si bien ellas deberían ser excepcionales en el marco de la autonomía de la voluntad contractual, lo cierto es que aquel cuerpo legal no se ha esmerado especialmente en distinguir las previsiones legales que son indisponibles de las que no lo son. En este escenario, muchas veces es necesario conjeturar lo que harían un juez o un árbitro frente a una disposición contractual que contradiga abiertamente lo establecido en el Cód. Civ. y Com. Por cierto, las renunciaciones explícitas que se hagan a este respecto, si bien tienen su valor aclaratorio, no empecen a que la cláusula pueda ser declarada inválida, por contradecir una norma considerada imperativa.

Aquí puede resultar interesante distinguir entre lo que implica la invalidez del contrato en su integridad de la nulidad de alguna de sus cláusulas. A primera vista, el primer caso puede parecer más grave, sin embargo, muchas veces, es el segundo supuesto el que trae aparejados más inconvenientes. Obviamente, ninguno de los escenarios señalados puede considerarse ideal para las partes, pero, en el primero, la nulidad las afectará, seguramente, de modo más equilibrado o paritario. El segundo, en cambio, puede conllevar problemas insospechados, si se trata de una cláusula de especial interés para alguna de las partes. Desde el punto de vista de la labor del abogado, esta es una cuestión de especial interés por las implicancias que puede tener en materia de responsabilidad profesional. Muchas veces nuestros clientes nos piden la inserción de cláusulas respecto de las cuales, pese al acuerdo de la contraparte, no resulta claro que vayan a prosperar en caso de conflicto interpretativo, por estar en contradicción con normas del Cód. Civ. y Com. cuyo carácter imperativo es

dudoso. Aquella contraparte puede haber estado de acuerdo con la inclusión en el momento de celebración, pero sabemos que la restricción del art. 387 del Cód. Civ. y Com. (14) a la invocación para obtener un provecho por quien ha obrado con torpeza (15), tiene un alcance bastante relativo. De manera que no es descartable la declaración de nulidad de la cláusula. Ahora bien, ocurre con frecuencia que ciertas disposiciones contractuales reñidas con lo establecido por el Cód. Civ. y Com. (u otros cuerpos legales) son especialmente importantes para nuestro cliente. A veces, son tan importantes, que determinan el verdadero interés en el contrato. En estos casos, se torna necesaria una advertencia al cliente para informarlo de los riesgos que corre y de lo que podría ocurrir en el caso de que la estipulación fuera fulminada de nulidad dejando al resto del contrato supérstite.

Otro aspecto vinculado a la nulidad de ciertas cláusulas y que conviene tener presente es el relacionado con la comprensible tendencia a redactar ciertas disposiciones contractuales con un rango abarcativo muy amplio en protección del interés de los clientes. Esto se aprecia con claridad en cláusulas que versan sobre renunciaciones u obligaciones de no hacer de la contraparte. Al redactar el contrato, nuestra pretensión es que dichas disposiciones sean tan extensas en sus efectos como sea posible, para que no queden dudas respecto del alcance de la restricción. Por tal razón, muchas veces no reparamos en que la mayor extensión de la cláusula puede ir en detrimento directo de su validez. Es decir, no está en discusión la conveniencia de que la

(14) Cód. Civ. y Com., art. 387: "Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción".

(15) Equivalente a lo dispuesto por el derogado Cód. Civil en su art. 1047: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación".

redacción sea detallada, lo que advertimos es el riesgo atinente a la extensión o amplitud del derecho que se acuerda: allí el exceso puede conspirar contra la eficacia. El caso típico en este sentido son las cláusulas de no competencia. La tendencia es, con frecuencia, a redactarla en términos geográficos y temporales tan amplios, que pueden no avenirse a las normas aplicables en la materia. Aquí se corre el riesgo de que el juzgador directamente fulmine de nulidad la cláusula correspondiente, en lugar de rebajarla a los límites legales admisibles. En consecuencia, una disposición contractual de tal tipo es tanto más efectiva cuanto más racional y apegada a las restricciones normativas sea su texto. Se aplica aquí el viejo que refrán que advierte que más puede redundar en menos.

X. Coherencia extrínseca

Hemos atribuido discrecionalmente esta denominación a la regla contemplada en la parte final del art. 1066, que ordena entender el contrato y sus partes con el alcance más adecuado a su objeto. Esta norma puede presentar aplicaciones variadas. En un sentido literal, ella lleva a una interpretación finalista, por cuanto ordena al intérprete a pararse en el extremo del recorrido y a visualizar desde allí lo acordado por las partes. Se supone, en consecuencia, que los acuerdos alcanzados entre ellas tienden a cumplir con dicho objeto. De ello se deriva, una vez más, la necesidad de ser claros en la redacción, pero, en este caso, en relación específica con dicho objeto, pues será a su luz que, en caso de duda, se desentrañará el sentido de las expresiones en las que surja una diferencia interpretativa. De nuevo, es menester matizar el alcance de esta regla y diferenciar el escenario de los contratos típicos y atípicos. En aquellos, en general, el objeto resulta más claro y el esfuerzo de redacción suele ser menor. Sin embargo, aún en esos casos, las circunstancias específicas pueden obligar a extremar los recaudos para aclarar ciertas situaciones. Tal lo que acontece, por citar un ejemplo entre muchos posibles, cuando hay ciertos elementos del contrato que devienen esenciales en el caso concreto, es decir, que acentúan un rasgo específico otorgándole un rango de importancia superior al habitual. Muchas veces se trata de elementos que, en la tipología específica, solo son accidentales, pero que en el caso concreto adquieren una importancia que los torna esenciales. Tal lo

que puede acontecer en el conocido supuesto en que los plazos de la contratación resultan de cumplimiento indispensable. En estas hipótesis el objeto del contrato puede resultar claro, pero la finalidad de él puede verse totalmente frustrada si no se cumple estrictamente en los términos acordados. Lo mismo resulta predicable respecto de cualquier circunstancia particular que haga a la esencia del contrato. En materia de contratos atípicos, el esfuerzo de redacción debe ser, sin duda, mayor, dado que el eventual juzgador deberá desentrañar de su propio enunciado el objeto contractual. En otros términos, en buena parte de los contratos atípicos, el juez o el árbitro no tienen la asistencia de elementos legales y la finalidad típicos que le permita completar lo que las partes omitieron declarar. De allí que la autosuficiencia del texto luce más importante en los contratos no tipificados y, en consecuencia, resulta más ingente el cuidado en la labor de redacción del texto. Reiteramos aquí la necesidad de que las partes salgan del círculo cerrado de su negocio y expliciten hacia afuera el sentido preciso de lo que pretenden. Aquí es donde se torna relevante la labor pedagógica del asesor legal pues, como dijimos, el cliente puede encontrar superfluo o innecesario que se declaren ciertas cuestiones en el contrato o que se abunde en él en cuestiones que, a su juicio, son bien conocidas para las partes. De manera tal que deviene importante la función didáctica enderezada a hacer comprender al cliente que el contrato debe ser cabalmente inteligible para un tercero (juez o árbitro) que seguramente no conoce las vicisitudes propias del negocio que las partes buscar acordar.

En otra dimensión diversa del mismo principio, debe considerarse que el contrato típico será interpretado con arreglo a las reglas establecidas para esa clase específica de contratos. Esto nos lleva a una cuestión práctica especialmente importante. Salvo algunos colegas que cuentan con una memoria extremadamente poderosa, el resto de los abogados no tenemos presente la totalidad de las reglas aplicables a cada tipo contractual. Si bien la importancia de esta cuestión se ha reducido con la sanción del Cód. Civ. y Com., que contiene regulaciones menos detalladas de los contratos que lo que ocurría con el Cód. Civil y ha eliminado la confusa duplicidad tipológica que presentaba la regulación del mismo contrato por el Código de Comercio, lo cierto es que, en la tarea de redacción del con-

trato, resulta muy conveniente repasar las reglas aplicables al tipo específico, de manera tal de evitar que, el silencio sobre alguna cuestión implique la aplicación subsidiaria de normas que no hemos tenido presentes. Al suscripto le sucedió más de una vez que la lectura previa de la regulación aplicable a un contrato típico lo llevara a modificar su texto para introducir excepciones respecto de normas del tipo que no tenía especialmente presentes. Creemos que por más diligente que sea el autor del texto contractual, resulta siempre relevante, en algún momento de la redacción, revisar las normas específicas del tipo para determinar si hay que reforzar alguna idea ya prevista, derogar alguna solución legal que, en caso de silencio, podría aplicarse supletoriamente o, eventualmente, establecer claramente todas las modulaciones específicas que, en el marco de la autonomía de la voluntad, puedan hacerse sobre lo previsto en la norma.

XI. Protección de la confianza

El art. 1067 del Cód. Civ. y Com. consagra la doctrina de los propios actos como pauta de interpretación en materia contractual. Advertimos en nuestro anterior trabajo sobre esta problemática, que esta doctrina es, en definitiva, una aplicación específica del más general principio de buena fe en este ámbito. También señalamos que la cuestión debe ser visualizada en un sentido bifronte, es decir, no únicamente desde la perspectiva de quien invoca la contradicción en la contraparte, como comportamiento que vulnera la buena fe lealtad en dicho agente, sino también desde la propia buena fe creencia de quien se siente perjudicado por esta conducta.

La aplicación de este principio nos lleva a la conveniencia de formular las aclaraciones que sean pertinentes en el texto contractual, en el caso de que este contradiga el comportamiento habido por una o varias partes hasta el momento. Esto adquiere particular relevancia cuando se trata de plasmar por escrito relaciones contractuales previas de hecho en las que media un historial de comportamientos anteriores de las partes. Muchas veces, al negociarse específicamente las cláusulas del contrato que pondrán por escrito lo que hasta el momento ha sido simplemente factual, las partes deciden introducir modificaciones a la relación que hasta el momento habían mantenido. Desde luego que la aplicación del principio de buena fe debería moderar

sino vedar la tentativa de las partes de modificar lo acordado sobre la base de los comportamientos anteriores. Sin embargo, puede darse el caso de situaciones no específicamente contempladas en el texto que susciten controversia respecto del modo de resolverlas. Aquí se impone, en consecuencia, un cuidadoso examen de la situación previa para aclarar en el contrato todas las vicisitudes que podrían ser interpretadas a la luz del principio examinado y que podrían redundar en contra de los intereses de alguna de las partes.

Indudablemente, la doctrina de los propios actos tiene un campo de aplicación mayor en las etapas post contractuales, es decir, en su fase de cumplimiento, que en las previas a su celebración. En este sentido, existe cierta tendencia jurisprudencial a considerar la inacción de alguna de las partes en la imputación de un incumplimiento a la otra dentro del ámbito específico de esta doctrina (16). No nos expresamos abiertamente en contra de esta doctrina judicial, que conduce a la llamada teoría del retraso desleal, cuestión que excede con creces los límites de este trabajo, pero nos parece interesante destacar que su aplicación debe ser matizada, pues si la acción no está prescripta el desconocimiento de ese derecho puede resultar problemático. Con frecuencia, las partes no se hacen reclamos por motivos diversos. En algunos casos puede tratarse simplemente de mantener cierta "paz contractual", en otras puede deberse a la diferencia en la posición económica y el temor de que la parte cuyo incumplimiento se alega pueda adoptar algún tipo de represalia en un nivel extrajurídico, etc. En estos casos, se torna necesario ser cuidadosos con el razonamiento que se adopta para considerar aplicable la doctrina de los propios actos. Una cosa es juzgar la inacción como indiciaria de la voluntad real del contratante, aspecto que entra en el ámbito propio de la interpretación del texto contractual. Otra distinta, es interpretar su omisión en efectuar el reclamo como una renuncia. Ello, en principio, estaría vedado por la interpretación restrictiva de este modo de extinción de las obligaciones. Pero, además, esto no entra dentro de la hermenéutica del texto contractual acordado, sino que, en todo caso, se tratará de la inter-

(16) Cfr., entre otros, CNCom., Sala F, "Escobar SACIFI c. Ford Argentina SCA y otros s/ ordinario", 19/05/2016, ED, 2016, Cita Digital: ED-DCCCXXIX-21.

pretación de un acto ulterior en el contexto del cumplimiento contractual.

XII. Expresiones oscuras, *favor debitoris* y equidad

Bajo este título, el art. 1068 del Cód. Civ. y Com. establece una norma residual en materia de hermenéutica que, técnicamente, no es una regla de interpretación sino de solución de conflictos derivados de ella cuando el arsenal exegético se encuentra agotado y no ha sido exitoso. Cuando todas las pautas dispuestas por el Código han fallado y no han sido suficientes para arribar a un sentido, de manera que persisten las dudas en cuanto al alcance de lo expresado, se impone una solución drástica que no apela a la propia interpretación, pues ella por hipótesis ha devenido infructuosa, sino a resolver la diferencia. Originalmente, el Código de Comercio consagraba en su art. 218 inc. 7° el principio del *favor debitoris*, es decir, en caso de duda, debía estarse por la liberación del obligado. La jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, habían modulado el alcance del precepto, entendiéndolo en el sentido de la protección de la parte más débil del contrato (17). Con todo, esta norma fue objeto de críticas por la doctrina pues, como pretensa norma de equidad no resistía el análisis. Solo puede decirse que la liberación respeta dicho principio si el contrato es gratuito, dado que, no mediando contraprestación, luce razonable exonerar al deudor de su obligación. En los contratos onerosos, en cambio, tal solución puede resultar claramente iniqua. El parámetro para dichos contratos debe ser el equilibrio contractual más que la liberación lisa y llana del obligado.

En función de ello, corresponde preguntarse si hay alguna enseñanza que pueda extraerse de tal principio para aplicarla de modo práctico y eludir las consecuencias de una aplicación que sea contraria a los intereses de ambas partes. La respuesta a esta cuestión puede ser tan variada como lo es el universo de casos posibles. Hay, sin embargo, algunas pautas que pueden tomarse en cuenta.

En primer lugar, puede recurrirse a una cláusula en la que las partes del contrato declaren en

qué consiste el equilibrio prestacional. Esta manifestación puede tornarse más importante en aquellos contratos en los que ese equilibrio no luce aparente para terceros o depende de cuestiones subjetivas. Por ejemplo, en un contrato por el que se adquiere por un altísimo valor un ejemplar raro de una obra literaria, puede ser conveniente dejar constancia de las razones del precio. En general, en todo lo relacionado con el arte, la experiencia indica que los valores resultan por demás subjetivos. En el caso del ejemplo, esta conclusión deviene aplicable, pero a ello se añade el interés del coleccionista que puede no fincar en atributos artísticos propiamente dichos sino en la exclusividad en su posesión. Esto tiene un valor absolutamente personal que, para un tercero, puede resultar completamente ridículo. Luego, no parece desacertado incluir cláusulas en los que se ponga de manifiesto este interés.

También son relativamente usuales, especialmente en el ámbito de la contratación mercantil, las declaraciones que efectúan las partes en el sentido de haber sido convenientemente asesoradas para la transacción. Esta son cláusulas habituales en los contratos que involucran operaciones de M&A cuyos valores están influidos por variables de diversa especie. En este tipo de transacciones, además del precio, que puede ser sumamente opinable como lo demuestran los diversos mecanismos de valuación de negocios, también puede haber factores que influyan en aquel, derivados de las auditorías previas y del modo de evaluar los riesgos inherentes a lo que se haya detectado en su transcurso. Es decir, aun cuando el valor del negocio pueda determinarse con cierta dosis de objetividad, puede haber cuestiones particulares que afecten el precio. De manera tal que cláusulas como las mencionadas no resultan ociosas.

Hay otro tipo de contratos en los que, naturalmente, no puede verificarse un concepto de equidad basado en el equilibrio prestacional. Este es un tema sumamente interesante que podría ser objeto de toda una investigación independiente. En los contratos aleatorios, resulta muy difícil que exista un equilibrio contractual fundado en la equivalencia de las prestaciones, pues su propia mecánica, en general, impide que ello suceda. Muchos de estos contratos son fundamentalmente de cobertura, es decir, implican trasladar a otra parte el riesgo económico de

(17) Cfr. entre otros: CNCom., Sala D, "S., E. P. c. Interplan SA s/ ordinario", 26/11/2019, ED, t. 288, cita digital: ED-CMXVIII-101, y doctrina allí citada.

que un acontecimiento indeseado ocurra. En ese contexto, puede darse el supuesto de que las circunstancias que constituyen el álea no se verifiquen nunca. Esto bien puede interpretarse como un desequilibrio prestacional, pero no debería afectar a la equidad del contrato pues, el fin de cobertura se cumplió. Lo mismo podría decirse en el caso inverso, es decir, cuando aquel evento indeseado se cumple, pues en tal supuesto, es probable que la prestación del obligado exceda lo que ha recibido como contraprestación de la otra parte. En general, los contratos aleatorios típicos no requieren mayores explicaciones que justifique su equilibrio contractual, sin embargo, no puede descartarse que, en el caso de contratos atípicos, resulte conveniente dedicar alguna cláusula contractual a justificar el eventual desequilibrio que podría suscitarse.

XIII. Contratos conexos

Si bien la norma de interpretación específica en esta materia está contenida en el art. 1074 del Cód. Civ. y Com., es menester considerar los tres artículos que integran el capítulo, dada las implicancias que puede tener la existencia de efectiva conexidad entre los contratos.

Conforme al art. 1073, es la finalidad económica común la que determina aquella conexidad. Dicha finalidad puede surgir de la propia ley, expresamente acordada o derivada de la interpretación. A este efecto, la norma glosada remite al artículo siguiente, según el cual estos contratos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo contractual, su función económica y el resultado perseguido.

Las dos normas detalladas en el párrafo precedente sugieren que la interpretación en este tipo de contratos se desarrolla en dos niveles que podrían ser identificados como exterior e interior. El primero de ellos se refiere la interpretación de la propia conexidad, es decir, a la tarea de determinar si el grupo contractual se adecua a la figura de los contratos conexos. Esta exégesis surge de la parte final del citado art. 1073, que establece la posibilidad de que aquella conexidad surja por vía interpretativa. Una vez establecida esta relación entre los diferentes componentes del grupo contractual, corresponde aplicar la regla de interpretación del art. 1074, que es fundamental, aunque no ex-

clusivamente, interna. En otros términos, para poder aplicar las normas de interpretación específicas de los contratos conexos, es menester, en primer lugar, verificar la existencia misma de tal conexidad. Una vez cumplido este paso, se tornan aplicables las normas restantes del capítulo.

Por otro lado, el art. 1075 establece consecuencias muy relevantes para los diferentes componentes del grupo contractual en función de las vicisitudes que pueden acaecer en alguno de los integrantes de él. De modo tal que la determinación de la conexidad en estos conjuntos reviste una trascendencia inequívoca.

De modo tal que, enfrentados a la tarea de redactar o negociar un conjunto de contratos conexos, la primera recomendación que nos sugieren estos tres artículos es no ahorrar esfuerzos en plasmar de modo claro la interrelación entre los diferentes componentes. Vale decir, la conexidad debe surgir de modo explícito del texto de los contratos. Muchas veces, entre los integrantes del grupo contractual aparece la figura del llamado “acuerdo marco” que cumple la función de establecer esta conexidad y atribuir a cada pieza contractual un sentido específico dentro de la finalidad económica general perseguida por las partes. Este contrato es muy relevante pues no solo determina aquella conexidad, sino que integra los diferentes contratos en un plexo común orientado a satisfacer una función concreta y específica, aportando unidad teleológica a la pluralidad instrumental. Si existe tal acuerdo marco, es allí donde deben concentrarse los esfuerzos para aportar claridad sobre la operación económica que buscan concretar las partes. Como mencionamos más arriba y en nuestro trabajo anterior sobre la materia, nadie celebra contratos por el mero hecho de hacerlo sino para para plasmar una operación de índole patrimonial. Desde ese punto de vista, el contrato es claramente un medio o instrumento que no se agota en sí mismo. Por ello, la determinación precisa de la finalidad económica perseguida y del modo en que se articula cada pieza contractual que conforma el conjunto, resulta muy relevante cuando se afronta la redacción de estos contratos. Si hay un acuerdo marco, resultará suficiente una breve referencia a él en el resto de los instrumentos que forman el conjunto, pues la finalidad común ya estará claramente expresada en aquel. Por el contra-

rio, si las partes prescinden del acuerdo marco, la redacción deberá esmerarse en cada contrato en particular para precisar la finalidad común, establecer los vínculos ente las diferentes piezas y la funcionalidad específica de cada una de ellas dentro del contexto general del conjunto.

En materia de interpretación interna, el art. 1074 propone una aproximación hermenéutica de alcance asimilable al establecido en el art. 1064 para el contrato individual, que el Cód. Civ. y Com. denomina “contextual” y que nosotros denominamos regla de la coherencia intrínseca. Así como es dable presumir que el contrato constituye un todo unitario en el que sus diferentes partes guardan una relación armónica y coherente, lo propio ocurre en los contratos conexos. Dado que sus diferentes componentes están orientados a una finalidad económica común, resulta razonable considerar que existe cierta relación lógica entre los contratos que integran el conjunto. De ello se deriva, en primer lugar, la necesidad o conveniencia evidentes de no romper esa coherencia mediante cláusulas que resulten contradictorias. Pero para aportar mejor a la intelección de los diferentes contratos, también puede resultar conveniente mantener una cierta identidad entre los términos utilizados en unas y otras piezas del conjunto. Incluso el valor de un acuerdo marco se vería singularmente mermado si luego los otros contratos utilizan terminología anárquica para referirse a los mismos elementos, situaciones, instituciones, etc. De manera tal que el mismo cuidado que se recomienda poner en la redacción de un contrato singular para que resulte coherente en sí mismo, es menester extremarlo cuando se trata de contratos conexos para que cada elemento del conjunto ocupe su lugar adecuado y ofrezca el menor resquicio posible a la diversidad de sentidos que pueda alentar conflictos de interpretación.

Por otro lado, como señalamos al principio de este apartado, es menester considerar las soluciones previstas por el art. 1075. En síntesis, esta norma prevé un sistema subsidiario de efectos cruzados entre los contratos conexos. Este cruce se produce en particular en materia de incumplimientos y de extinción. Sin embargo, se trata de una regla supletoria de la voluntad de las partes, que bien pueden apartarse de la solución y prever efectos diversos a los señalados

por la norma. Desde el punto de vista de la labor de confección de los textos de los contratos conexos es muy relevante tener en cuenta la solución prevista en la norma para evitar que su aplicación conduzca a un resultado reñido con la voluntad de alguna de las partes. En consecuencia, el apartamiento de la solución debe ser expreso y debe estar claramente previsto para evitar conflictos hermenéuticos.

Finalmente, es menester considerar en la problemática de los contratos conexos, lo que se analizará con sentido crítico en el apartado siguiente: la jerarquía interpretativa entre los componentes del conjunto. En el apartado siguiente examinaremos algunos casos patológicos derivados de las políticas internas de muchas compañías que obliga a sus funcionarios a mantener siempre la supremacía de las condiciones generales pautadas unilateralmente por ellas. En lo que refiere a este apartado, el análisis tiende a evitar el conflicto de interpretación entre los diferentes instrumentos. Ocurre con frecuencia que el negocio plasmado en los contratos conexos reviste cierta complejidad, que es precisamente la que recomienda su plasmación plural. Habitualmente, este aspecto tiene su correlato en la propia extensión y complejidad de los instrumentos contractuales que canalizan la operación económica. En ese contexto, es difícil que en contratos de cierta extensión se puedan evitar contradicciones por más que se extremen las medidas de cautela. Aun cuando se puedan evitar las contradicciones evidentes, el redactor del contrato es una mente distinta del intérprete ulterior, de manera tal que la lucidez de aquel tiene un alcance limitado para prevenir todos los potenciales conflictos hermenéuticos futuros. De manera tal que, enfrentados con la tarea de elaborar este tipo de redes de contratos, es conveniente asentar un orden jerárquico para su interpretación, de manera tal de dejar resuelto cualquier eventual descuido en la elaboración de los instrumentos o, como queda dicho, de suplir la imposibilidad de predecir la intelección que otros sujetos harán sobre las cláusulas del conjunto de contratos.

XIV. Contratos por adhesión

En esta clase de contratos la regla hermenéutica principal, contenida en el art. 987 del Cód. Civ. y Com., indica que, en caso de ambigüedad, las cláusulas se interpretan en sentido contrario

a quien las estipuló (*in dubio contra proferentem* o *in dubio contra stipulatorem*). Como señalamos en nuestro anterior trabajo (18), la solución luce lógica y justa: dado que solo una parte ha sido responsable de la redacción del texto contractual, es razonable que soporte las consecuencias de la ambigüedad, que únicamente a ella puede ser atribuida (19). Estrictamente, la regla debería aplicarse solo en el caso previsto por la norma, es decir, cuando medie ambigüedad. Ahora bien, esta falencia del lenguaje puede darse en varios niveles diferentes (20): semántico o léxico, sintáctico o estructural, pragmático-contextual o lógico, de manera tal que tiene un amplio campo de aplicación.

La recomendación que nos sugiere esta norma es extremar los recaudos para ser claros en la redacción, de modo de evitar aquel vicio. Desde luego, no se puede ser tan ingenuo de pensar que aquellas ambigüedades provienen solo de descuidos a la hora de confeccionar el texto. Las hay también intencionalmente propiciadas (21) para suscitar cierta convicción en el lector adherente que luego es desdicha o restringida por otras cláusulas del mismo contrato. Muchas veces aquel lector no lee el instrumento en su integridad y el “vendedor” del bien o servicio puede fácilmente inducirlo a prestar atención solo en

determinadas estipulaciones que apuntan a la protección de sus intereses, aun cuando el alcance de ellas puede estar restringido por otras cláusulas del mismo contrato. Aquí entra a tallar no solo la regla de interpretación mencionada, sino también las relacionadas con las características que deben reunir las cláusulas (art. 985), las de control de las estipulaciones abusivas (arts. 988 y 989) y la más general que apela a la buena fe (art. 1061). Ello, sin perjuicio, de la aplicación de las reglas específicas en materia de contratos de consumo, cuando se tratare del caso (22).

Un supuesto específico de cláusulas pre-dispuestas, utilizado tanto en el ámbito de los contratos de consumo como en el propio de los paritarios, es el de las llamadas condiciones generales de contratación. Nos referimos específicamente al instrumento que habitualmente las compañías con poder de negociación hacen firmar a los sujetos que se vinculan comercialmente con ellas, para asegurarse que la base contractual con la que operan es conocida, segura y, generalmente, inclinada a su favor. En el ámbito de los contratos paritarios, es dable observar que, muchas veces, estos instrumentos están redactados para todo el universo de contrataciones que hace la predisponente. De manera tal que la variedad de las potenciales relaciones puede ser muy amplia y las condiciones generales pueden presentar dificultades para adaptarse hermenéuticamente a un vínculo contractual particular. Por ello, habitualmente, este no se agota en dichas condiciones generales, sino que se complementa con contratos específicos referidos a la operación concreta. Aquí entra a jugar el art. 986 del Cód. Civ. y Com. que establece la prevalencia de las condiciones particulares por sobre las generales. Sin embargo, en la práctica la situación es la inversa: las empresas muchas veces quieren operar sobre seguro y desean que las condiciones generales prevalezcan sobre las particulares. Las razones para ello son variadas. Mencionaremos dos que nos parecen interesantes y que hemos constatado con regularidad en el ejercicio profesional. En primer lugar, como las condiciones generales están redactadas de modo unilateral, lo habitual es que su texto no sea especialmente equitativo, sino que apunte de modo directo a la protección de los inte-

(18) Cfr. VERLY, "La interpretación...", ob. cit., p. 253.

(19) Así lo ha sostenido la jurisprudencia. Cfr., entre otros: CNCiv., Sala H, "M., R. A. c. L., B. A. s/ daños y perjuicios", 19/04/2018, ED, 2018, cita digital: ED-DCCCXXXVII-152, en donde se dice: "Se trata de la interpretación contra el redactor, esto es, contra proferentem o contra stipulatorem, de la cual se deriva que los formularios impresos, en cuanto consagran ventajas para quien los proporciona a la otra parte, deben ser interpretados restrictivamente; stipulator significa, en este caso, el que, habiendo formulado la cláusula, estaba en condiciones de expresarse con claridad y en cambio ha resultado ambiguo. Es que se trata de una indudable derivación del principio de buena fe, puesto que 'es contrario al proceder de un hombre honesto el lucrarse a costa de expresiones dudosas' y, en definitiva, no favorecer al causante de la oscuridad quiere decir favorecer a su adversario"; cfr. asimismo: CNCom., Sala B, "Fianzas y Crédito SA Compañía de Seguros c. Sermel SA y otro s/ ordinario", 13/12/2017, Cita online: TR LALEY: AR/JUR/100616/2017, ED, 2018, ED-DCCCXXXVI-248.

(20) Además de las mencionadas, está también la ambigüedad fónica, aunque no la mencionamos porque nuestro estudio se centra en el texto escrito.

(21) Es el caso de la ambigüedad como figura retórica.

(22) La contratación por adhesión no es exclusiva del ámbito del consumo.

reses propios del estipulante. De modo tal que dichas condiciones constituyen siempre un “terreno seguro” para el proferente, frente a la inseguridad que puede provocar un contrato particular que seguramente ha sido negociado en su contenido y no ofrecerá las mismas garantías de parcialidad que aquellas. Muchas veces, esta subordinación jerárquica del contrato particular a las condiciones generales no se utiliza en la práctica. Sin embargo, está prevista y pactada, y eventualmente, su aplicación podría activarse. Volveremos sobre este aspecto más adelante en este apartado. En segundo término, aquellas condiciones han pasado, seguramente, por una serie de controles previos de diversos sectores del organigrama interno y de supervisión de asesores externos, a los que la contratación concreta seguramente no estará sujeto, o lo estará en una medida y profundidad menor.

A veces, las cláusulas que indican que las condiciones generales prevalecen sobre las particulares no están expresadas de modo explícito, pero la mecánica contractual prevista en aquellas conduce a ese resultado. Un ejemplo de ello ocurre cuando las condiciones generales prevén diferentes anexos entre los cuales figura, por ejemplo, las cláusulas particulares o el contrato específico del servicio, la obra, etc., el precio, y otros aspectos de la contratación concreta. Muchas veces, tales condiciones generales establecen un orden de prelación en la interpretación que indica que, en caso de contradicción de los anexos con el cuerpo central de aquellas condiciones, son estas la que imperan. De este modo, se está declarando implícitamente la superioridad jerárquica de las condiciones generales por sobre las particulares.

La validez de cláusulas como las descriptas en los párrafos precedentes, que alteran el orden de lo dispuesto por el art. 986 del Cód. Civ. y Com., es discutible, al menos en el ámbito de los contratos paritarios, pues se enfrentan argumentos jurídicos y lógicos. Conforme a los primeros, no habría *prima facie* razones para restar eficacia a tales cláusulas por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Desde el punto de vista lógico, sin embargo, la posibilidad de que el propio contrato por adhesión establezca esta inversión jerárquica resulta una franca petición de principio.

En cualquier caso, cuando corresponde asesorar del lado de la parte adherente, es necesario prestar especial cuidado a estas cláusulas

pues pueden alterar completamente el sentido de la contratación.

Por otro lado, como estas condiciones se utilizan, especialmente en el ámbito de los contratos paritarios, para un universo tan vasto de relaciones contractuales diversas, habrá muchas cláusulas que resulten inaplicables. En consecuencia, la sugerencia es extremar los recaudos para despejar las dudas sobre la efectividad concreta de ellas en el marco de la relación específica e instrumentar del modo más adecuado su exclusión. En muchos casos, los asesores legales obviamos este detalle pues apelamos, con cierta inocencia, a la lógica del intérprete, que no necesitará mayores aclaraciones para entender que dichas cláusulas no resultan aplicables al caso particular. Es más, del lado del predisponente es probable que se recurra a ese argumento y se esgriman, adicionalmente, las dificultades internas de modificar las condiciones generales. Aquella confianza puede no ser reprochable, pero debería matizarse: hay cláusulas que, efectivamente, resultarán a todas luces inaplicables al caso por una cuestión propia de la naturaleza de la operación. Pero en otros casos, la cuestión puede resultar dudosa. En tales supuestos, es conveniente tener especialmente claros los alcances de las prestaciones de las partes para verificar en que grado es necesario efectuar las aclaraciones pertinentes. Frente al argumento de la predisponente de la “imposibilidad” de modificar las condiciones generales, solo queda recomendar la exclusión particular de ciertas cláusulas por vía separada, sin modificar instrumentalmente las condiciones y, en última instancia, advertir al cliente los riesgos que corre.

Dentro de este contexto, se torna particularmente importante el art. 1067 del Cód. Civ. y Com. sobre protección de la confianza (doctrina de los propios actos) que hemos analizado más arriba. De hecho, la actitud del asesor que entiende innecesario formular aclaraciones por la incompatibilidad de las condiciones generales con la naturaleza de la relación particular, descansa, implícitamente, sobre este principio. En ciertos casos, el razonamiento es: la contraparte (predisponente) no va a reclamar esto que devendría aplicable conforme a la interpretación literal de las condiciones generales dado que resulta difícilmente compatible con la contratación concreta. A veces, se apela también al transcurso del tiempo. Dado que dichas cláusulas permane-

cerán en estado larvario al menos durante la fase inicial de la relación contractual, el razonamiento es que la predisponente no reclamará ulteriormente el cumplimiento de tales disposiciones, si no lo ha hecho durante los meses iniciales de aquella relación. En tal caso, eventualmente, la defensa del adherente frente al predisponente que pretende “sacar de la galera” una cláusula perdida de las condiciones generales, será recurrir a la doctrina de los actos propios. Como advertimos más arriba, para el estipulante resulta cómodo dejar establecido que las condiciones generales prevalecen sobre las particulares, aunque las características propias de la contratación y la propia realidad desmientan este aserto. Señalamos antes que, muchas veces, en los hechos esta jerarquía no aplica ni es exigida. Sin embargo, está presente por haber sido pactada, de modo tal que no puede excluirse enteramente que la parte proferente la invoque en el futuro. Aquí aplica, en consecuencia, la mencionada doctrina de los actos propios, para impedir que el orden jerárquico acordado contractualmente impere sobre la conducta previa de las partes que, por hipótesis, ha sido conteste con los términos particulares convenidos.

Otra cuestión interpretativa que se presenta con cierta regularidad en el ámbito de los contratos por adhesión es el conflicto que se genera cuando ambas partes pretenden imponer sus propias condiciones generales. Esto no se da exclusivamente cuando los contratantes gozan de una capacidad o volumen económico equiparable, como puede pensarse a simple vista. En el ámbito de los contratos corporativos hemos visto como, frente a una compañía de gran envergadura, acostumbrada a imponer sus propias condiciones, se presenta una empresa que no ostenta la misma potencia económica, pero que, por su *metier* específico, idoneidad probada, ausencia de competidores, etc. (23), pasa a ser una pieza clave de la que aquel gigante no puede prescindir. Como en muchos casos las condiciones generales de contratación tratan sobre los mismos temas, se genera aquí una suerte de “confusión instrumental inescindible”, si se nos permite la ironía. Esta situación requiere en el asesor legal el despliegue de la máxima atención para hacer

(23) Se da con frecuencia en el ámbito de ciertos servicios técnicos muy especializados, o en el de licencias de softwares que no tienen competencia real, por citar algunos ejemplos usuales.

una correcta elucidación del orden jerárquico contractual que regirá la relación.

Tiempo atrás, tuvimos oportunidad de brindar asesoramiento en un caso similar en que dos empresas que pretendían imponer sus propias condiciones generales habían llegado a un supuesto acuerdo sobre el orden de prelación, adaptando las propias de la empresa que requería el servicio (llamémosle “A”). Sin embargo, dicha adaptación escondía algunas sorpresas. Para formalizar el ajuste acordado, las condiciones generales de la empresa A decían, primero, que las condiciones generales de la empresa B iban a prevalecer, segundo, que estas últimas estarían incorporadas como anexo X en las condiciones generales de la empresa A, y tercero, que los anexos formarían parte integrante de las condiciones generales de la empresa A. Sin embargo, algunas cláusulas más adelante, se establecía un rango entre las condiciones generales y sus anexos, y se establecía que aquellas prevalecerían sobre estos, en franco conflicto con lo convenido más arriba. Esta contradicción resultaba bastante flagrante y clara, de manera que su identificación no revestía mayores inconvenientes. Sin embargo, mucho más escondida aparecía otra más grave. Entre el clausulado general de la empresa A se utilizaba una frase, de uso bastante frecuente (y contra la que conviene estar siempre alertas) en este tipo de instrumentos, que decía algo así como *notwithstanding any provisions set forth in other sections of this Agreement* y establecía luego una determinada estipulación contractual. Esta aparentemente parca e ingenua frase subvertía todo el orden jerárquico previsto precedentemente, pues las condiciones generales de la empresa B, al estar incorporadas como anexo de las condiciones de la empresa A, formaban parte de ellas, y en virtud de tal inserción, quedaban relegadas por la frase de marras.

En otro orden, existe cierta práctica bastante generalizada de instrumentar estas condiciones generales (24) bajo la forma de ofertas que deben ser aceptadas para que se configure el correspondiente sinalagma. Existen razones tributarias para esta instrumentación, inspiradas fundamentalmente en la tentativa de eludir el impuesto de sellos. Más allá de esto, cuando

(24) En rigor, este recurso formal se utiliza para todo tipo de contratos y no sólo para las condiciones generales.

se trata de la instrumentación por este medio de las condiciones generales, puede observarse con muchísima frecuencia que el que aparece como oferente no es, precisamente, quien ha predisposto el contenido contractual. Ello se debe, claramente, a otra clara maniobra elusiva: la del art. 987 del Cód. Civ. y Com., que consagra el ya mencionado principio *in dubio contra proferentem*. En la mayor parte de los casos, sin embargo, esta tentativa es desenmascarada por el propio contenido de las condiciones, dado que ellas aparecen tan manifiestamente orientadas en beneficio del “aceptante”, que es difícil pensar que el juzgador o el árbitro puedan verse engañados por una maniobra tan burda. Bien mirado, este modo de instrumentación haciendo pasar al adherente como estipulante, no es más que una manifestación explícita de la diferente capacidad de negociación de las partes propia de esta clase de contratos.

XV. A modo de conclusión: *in claris non fit interpretatio*

El famoso adagio latino, citado por virtualmente todos los autores que se han ocupado del tema, tiene sin embargo un alcance bastante acomodaticio. La doctrina más moderna, en general, tiende a rechazar la sentencia, pues entiende que toda expresión requiere una determinación de su sentido, de modo tal que cualquier texto escrito, por más claridad que aparente, es objeto posible de interpretación. La jurisprudencia local, en líneas generales, aunque con excepciones, se inclina por invocar el principio en sentido contrario, es decir, cuando pretende indicar que el texto goza de una claridad suficiente y unívoca que desalienta cualquier significado diverso.

La pregunta es, entonces: ¿quién tiene la razón: la doctrina mayoritaria, que sugiere que todo texto es susceptible de interpretación, o la jurisprudencia predominante, que invoca el principio contrario con relativa frecuencia? Nuestra respuesta es: ambas, pues, valga la risueña paradoja, el principio *in claris non fit interpretatio* es, en sí mismo, susceptible de interpretación. Veamos a continuación el análisis para llegar a esta conclusión.

Dado que la interpretación es la determinación de un sentido, luce evidente que todo texto es susceptible de aquella, aun los que aparecen muy claros. Señala con acierto, al respecto Ló-

pez de Zavalía que “se ha sostenido que las manifestaciones claras no necesitan interpretación, la cual por ende se circunscribiría a las oscuras y ambiguas. En esto hay un error. La interpretación en cuanto es captación de un sentido, existe siempre, por diáfana que sea la manifestación de voluntad. Será preciso algún esfuerzo, alguna aplicación de conocimientos y de experiencia, con los cuales no se nace. A ello cabe añadir que 'claro', 'oscuro', 'ambiguo', son términos relativos, pues ninguna manifestación es tan clara que equivalga a la luz inmediata. Incluso la palabra hablada —el vehículo más general de comunicación entre los hombres— no pasa de ser un ruido lanzado al viento, cuyo sentido se capta según el contexto y las circunstancias” (25). De manera tal que, utilizada la expresión en este sentido técnico preciso, asiste razón a la doctrina cuando entiende que el principio, de algún modo, sienta una regla equivocada.

Sin embargo, la jurisprudencia modula levemente el sentido de la expresión latina, pues al invocarla, lo que quiere expresar, es que no advierte en el texto contractual que genera el conflicto de interpretación, más que un sentido unívoco. Es decir, cuando los fallos judiciales mencionan este principio, no lo hacen sugiriendo que un determinado texto no es susceptible de interpretación conforme lo entiende la doctrina, sino que lo invocan para denotar que la exégesis solo arroja un único sentido posible a determinada expresión. Así, ha dicho la Corte Suprema (26) reiteradamente que “cuando los términos o expresiones empleados en un contrato son claros y terminantes, solo cabe limitarse a su aplicación, sin que resulte necesaria una labor de hermenéutica adicional”.

De manera tal que, paradójicamente, asiste razón tanto a la doctrina como a la jurisprudencia cuando invocan el principio en sentido diverso. Lo expuesto nos lleva a lo que puede constituir la conclusión de este trabajo. Como hemos señala-

(25) LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 267.

(26) Entre otros: CSJN, “Kerestegian de Mamprelian, Marietta c. Kerestegian, Nazaret s/ escrituración”, 27/12/1996, Fallos 319:3395; CSJN, “Francisco Sguera SA c. Estado Nacional - Dirección Nacional de Transportes Marítimos y Fluviales s/ cumplimiento de contrato”, 19/08/1999, Fallos 322:1546; CSJN, “Punte, Roberto Antonio c. Neuquén, Provincia del s/ cumplimiento de contrato”, 06/03/2001, Fallos 324:606.

do en otro artículo (27) referido a un ámbito diverso del derecho privado, toda manifestación es susceptible de interpretación aun cuando su significado se presente *prima facie* como claro e indubitado. Sin embargo, las declaraciones oscuras, vagas o ambiguas demandan, en principio, un esfuerzo mayor del intérprete a efectos de desentrañar su significado. Decimos “en principio” pues la aseveración anterior encierra, en rigor, una paradoja. Las declaraciones que se revelan ostensiblemente oscuras suscitan casi inmediatamente en el intérprete el despliegue espontáneo de su arsenal analítico para develar el significado. En cambio, muchas declaraciones aparentemente diáfanas en su sentido pueden esconder un significado que pase desapercibido para la intérprete que, alentado por la propia claridad, no se detenga a cotejar la factibilidad de otros significados plausibles.

De lo dicho se desprende que, si bien la interpretación del texto contractual será ineludible, la labor de su redactor consiste en hacerlo tan claro como resulte posible para evitar la ambigüedad, la vaguedad, la posibilidad del doble sentido, de la interpretación contraria a los intereses de las partes, la incoherencia contextual, etc. A este efecto, el mejor manual con el que cuenta para realizar su trabajo es el canon de reglas de interpretación que establece el Cód. Civ. y Com., pues esa es la guía de lo que debe hacer y de lo que debe evitar. Esta es la razón por la que nos ha parecido oportuno y útil aventurar algunas recomendaciones en torno a la redacción y negociación de los contratos tomando como hoja de ruta a aquel plexo normativo.

Resumamos a continuación algunas de las más relevantes:

1. Interpretación conforme a la intención de las partes (art. 1061 del Cód. Civ. y Com.) y finalidad del contrato (art. 1065 inc. c) del Cód. Civ. y Com.): Conveniencia de dejar asentados los objetivos, finalidades, intereses e intenciones de las partes. Esta declaración facilita la comprensión del contrato e impone un marco interpretativo a quien tiene la facultad de decidir sobre su sentido último. Por otro lado, esta manifestación desalienta comportamientos de mala fe por los que se pretenda tergiversar lo acordado

(27) Cfr. VERLY, Hernán, "De la interpretación en materia cambiaria", ED 252-507.

en el texto bajo la excusa de una contradicción con la supuesta intención “real” subyacente.

2. Literalidad (art. 1062 del Cód. Civ. y Com.):

a. Conveniencia de definir términos, especialmente en los contratos de cierta extensión, para mejorar la intelección del texto, economizar su extensión y asegurar su recta interpretación.

b. Esta conveniencia se torna necesidad cuando se trata de un sector del conocimiento (usualmente científico o tecnológico) que utiliza un léxico específico.

3. Significado de las palabras (art. 1063 del Cód. Civ. y Com.):

a. Conveniencia de contrastar permanentemente el uso de las palabras en el contrato con el sentido que les otorga el uso general y la ley, y de verificar la existencia de términos homónimos y, especialmente, análogos.

b. Necesidad de trascender el horizonte cognoscitivo de las partes y asegurarse que el texto sea inteligible para un sujeto completamente ajeno a la relación contractual.

c. Especial cuidado en el uso de las preposiciones.

4. Interpretación contextual - Coherencia intrínseca (art. 1064 del Cód. Civ. y Com.):

a. Énfasis en la atención a la coherencia interna de las diferentes partes.

b. Necesidad de redactar el texto posicionándose permanentemente en la perspectiva de un tercero ajeno a la relación y que accede a él sin información aneja que facilite su comprensión.

c. Conveniencia de subordinar los aspectos estéticos a la eficacia del texto: las reiteraciones, pleonasmos, repeticiones son bienvenidas si contribuyen a facilitar la comprensión del texto y a evitar dudas interpretativas.

d. Utilización homogénea de los mismos vocablos y expresiones para referirse a los mismos elementos.

e. Especial cuidado en el uso de los pronombres.

5. Circunstancias de celebración del contrato, negociaciones preliminares, conducta previa y

contemporánea de las partes (art. 1065 incs. a) y b) del Cód. Civ. y Com.):

a. Prevención en los intercambios enviados durante el proceso de negociación.

b. Restricción en el uso de emojis y similares.

6. Conducta ulterior de las partes (art. 1065 inc. b) *in fine* del Cód. Civ. y Com.): conveniencia de asesorar a la parte sobre el modo en que debe conducirse con posterioridad a la celebración, en particular en cuestiones que no han podido quedar claras en el texto contractual.

7. Principio de conservación (art. 1066 del Cód. Civ. y Com.):

a. Importancia de verificar la existencia de normas imperativas que puedan reemplazar lo acordado por las partes. Esta cuestión se torna muy importante cuando la imperatividad de una norma no es clara y, especialmente, cuando ese aspecto contractual en particular reviste importancia para la parte.

b. Cuidado con las disposiciones contractuales excesivamente amplias en términos de renunciaciones, obligaciones de no hacer y restricciones en general.

8. Coherencia extrínseca (art. 1066 *in fine* del Cód. Civ. y Com.):

a. Necesidad de destacar en el texto contractual la esencialidad de las cuestiones que en el caso concreto resultan trascendentes (plazos, por ejemplo).

b. Conveniencia de revisar la regulación legal del contrato que se redacta, para verificar la existencia de normas que puedan aplicarse supletoriamente en caso de silencio, para derogarlas convencionalmente, restringir su aplicabilidad o modificar su alcance.

9. Protección de la confianza (art. 1067 del Cód. Civ. y Com.):

a. Necesidad de asesorar a la parte sobre la necesidad de coherencia en la conducta ulterior.

b. Conveniencia de aclarar en el texto las estipulaciones que contradigan conductas anteriores cuando se está en presencia de la formalización contractual de una relación de hecho preexistente.

10. Expresiones oscuras, favor debitoris, equidad (art. 1068 del Cód. Civ. y Com.):

a. Conveniencia de explicar las razones de lo que pueda interpretarse como desequilibrio contractual, especialmente cuando la valorización de ciertas prestaciones depende de motivos subjetivos y personales.

b. Conveniencia de declarar que las partes han sido debidamente asesoradas en la negociación y celebración del contrato.

11. Contratos conexos (arts. 1073 a 1075 del Cód. Civ. y Com.):

a. Conveniencia de plantear explícitamente la conexidad para evitar que ella deba surgir de la interpretación.

b. Conveniencia del acuerdo marco que exprese la finalidad del grupo contractual y la interrelación entre sus diversos componentes.

c. Conveniencia de explicar los alcances cruzados de los efectos en los contratos particulares integrantes del conjunto.

12. Contratos por adhesión (art. 987 del Cód. Civ. y Com.):

a. Especial cuidado con las cláusulas que subvierten la jerarquía entre condiciones generales y particulares.

b. Necesidad de establecer jerarquías cuando se contraponen las condiciones generales de ambas partes.

c. Cuidado en el modo de interpretación de los términos de las contrataciones particulares a la luz de las condiciones generales.

A modo de conclusión puede resumirse el contenido del presente trabajo, en la máxima que constituye el título de este apartado *in claris non fit interpretatio*, en el sentido específico que le asigna la jurisprudencia mayoritaria, usado aquí como un ideal a alcanzar en la labor de negociación y redacción del texto contractual: "De tal suerte, cuando las cláusulas son claras, expresas, inequívocas, debe entenderse que traducen la voluntad de las partes, y los jueces no pueden, en principio, rechazar su aplicación" (28).

(28) CNCCom., Sala D, "S., C. M. c. M., M. M. s/ ordinario", 20/09/2016, Cita online: TR LALEY AR/JUR/71680/2016, ED, t. 270-181, cita digital: ED-DCCCXXXI-186.

DERECHOS REALES

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

Conjuntos inmobiliarios. Adecuación al régimen de propiedad horizontal. Poder reglamentario. Cuestiones técnicas. Invasión de la esfera legislativa.

Con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas

1. — La Inspección General de Justicia estableció una interpretación obligatoria de la norma que pretendió reglamentar, estableciendo cuál debía ser la consistencia de la obligación de adecuarse a la nueva normativa que pesaba sobre las sociedades que se hubieran constituido en los términos del art. 3°, LGS, a efectos de vehicular un conjunto inmobiliario. No asistía al organismo esa atribución, cuyo ejercicio implicó suprimir la viabilidad de otorgar a la norma otras interpretaciones posibles, como, por ejemplo, la de admitir que para esa adecuación pudiera alcanzarse con que esas sociedades se transformen en consorcios, siendo que esa transformación, inicialmente prevista solo en el art. 74, LGS, hoy se encuentra expresamente admitida como alternativa general en el art. 162 del Cód. Civ. y Com. para todas las personas jurídicas, dentro de las que se encuentran los consorcios.
2. — Desde un organismo administrativo local se avanzó sobre las reglas que rigen nuestra República Federal, pues se desconocieron a los distintos Estados provinciales, donde se sitúan en concreto los inmuebles en cuestión, las facultades de diseñar la política de desarrollo urbano con relación a los conjuntos habitacionales de conformidad a los intereses de su comunidad.
3. — El art. 11, inc. c) de la ley 22.315 otorga a la Inspección General de Justicia la atribución de “dictar los reglamentos que estime adecuados”, lo cual, como es claro, no significa que ese organismo tenga un poder reglamentario similar al que la Constitución otorga al presidente, sino que puede crear las normas que sean necesarias para reglamentar su actividad y para cumplir con sus funciones.
4. — El poder reglamentario de los organismos administrativos debe considerarse circunscrito al ejercicio de las atribuciones que les hayan sido reconocidas respecto de los administrados; un ente autárquico puede tener cierta potestad reglamentaria en materia determinada por la ley, pero esa potestad es de orden técnico; esto es, no tiene en miras la regulación de los derechos.

5. — En las normas reglamentarias el poder administrador no tiene la atribución de completar, según su propia discreción, aquello que hubiera podido ser dicho por el legislador.

CNCom., sala C, 18/11/2021. - Inspección General de Justicia c. Haras Pino Solo SA s/ organismos externos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/181827/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido.

Expte. n° COM 012852/2021/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.

Vistos:

1. Haras Pino Solo SA apeló las resoluciones generales 25/2020 y 27/2020 de la Inspección General de Justicia, en las que, en lo que aquí interesa, el Organismo otorgó a los conjuntos inmobiliarios que se encontraran organizados bajo forma de sociedad (artículo 3°, Ley N° 19.550), un plazo de 360 días para cumplir con la adecuación prevista en el art. 2075 del CCyC bajo apercibimiento de sancionar a sus autoridades con multa, no inscribir sus actos societarios y promover las acciones legales que pudieran corresponder.

2. Para así resolver, el señor Inspector a cargo del Organismo descartó que esa “adecuación” pudiera afectar el derecho de propiedad de los socios de esas sociedades, a cuyo efecto afirmó que “no adhería” a los reparos constitucionales que contra la mencionada norma se habían levantado, pues nadie tenía derecho adquirido al mantenimiento de las leyes.

Tras referir las conclusiones alcanzadas en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en La Plata entre el 28 y el 30 de septiembre de 2017, sostuvo que las voces que habían postulado esa inconstitucionalidad no representaban el sentir generalizado de la comunidad jurídica nacional.

Afirmó, asimismo, que el régimen de protección del consumidor se aplicaba a la propiedad horizontal especial, por lo que, “...si alguna duda se generara o todavía persistiera, a casi cinco años vista de su vigencia, en punto a la imperatividad de la adecuación, debía tenerse en vista el interés del consumidor inmobiliario...”

Destacó que el hecho de que algunos conjuntos inmobiliarios ya se hubieran adecuado evidenciaba que esa adecuación era posible y que no requería inexorablemente de ningún procedimiento especial, sosteniendo que la circunstancia de que el art. 2075 del CCyCN no hubiera establecido a estos efectos plazo alguno, permitía interpretar que la adecuación de marras debía considerarse de cumplimiento inmediato.

Agregó, finalmente, que las asociaciones bajo forma de sociedad -a las que calificó como “peligrosa horma bajo la cual se encontraba actualmente organizada la abrumadora mayoría de los clubes de campo”-, no podían hoy configurar el molde jurídico para regir las relaciones entre los miembros de esos conjuntos inmobiliarios, pues, por las razones que explicó, ellas carecían actualmente de validez.

3. En su expresión de agravios la apelante critica las resoluciones de marras con sustento en que, según sostiene, la Inspección General de Justicia carece de facultades para reglamentar el art. 2075 del CCyC.

Destaca que, si la norma no establece ningún plazo para proceder a la adecuación que prevé, no cupo que el Organismo lo fijara bajo apercibimiento de aplicar sanciones, pues, al así proceder, más que reglamentarla, lo que la IGJ hizo fue modificar la ley.

Manifiesta que los derechos nacidos a favor de la apelante al amparo del art. 3 de la ley 19.550 son derechos adquiridos, de lo que deriva que, al pronunciarse del modo en que lo hizo, la IGJ efectuó una aplicación retroactiva de la mencionada disposición, que debe considerarse constitucionalmente inválida.

Expresa, en tal sentido, que las resoluciones atacadas violan sus derechos de esa índole constitucional por las razones que desarrolla, sin perjuicio de lo cual sostiene que es posible otorgar al citado art. 2075 un contenido diverso, que le permitiría superar la invalidez denunciada. 4. El recurso ha de prosperar.

Las resoluciones recurridas son nulas desde una doble óptica, a saber: a) por incompetencia del órgano del cual emanan; y b) porque, de todos modos, evidencian un exceso en la misma consistencia del poder reglamentario previsto en el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

De lo dispuesto en esa norma resulta que el Presidente de la Nación tiene la atribución de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

Más allá de que se trata de una atribución a ser ejercida sobre leyes que el Poder Administrador debe aplicar -no sobre leyes civiles y penales (Marienhoff,

Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Abeledo Perrot, año 1990, pág. 269; Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Ed. Bibliográfica Omeba, año 1963, p. 421; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 9° edición, 2008, p. 181)-, lo cierto es que la norma solo reconoce esa competencia reglamentaria al titular del Poder Ejecutivo, de lo que se deriva que ningún organismo administrativo de inferior jerarquía podría válidamente ejercerla sin contar con la delegación respectiva o con autorización concedida en una ley expresa.

Debe tenerse presente, en tal sentido, que los reglamentos ejecutivos válidos obligan como la ley misma, lo cual evidencia que, si se aceptara que, creada una ley, cualquier organismo administrativo no autorizado puede reglamentarla, se estaría admitiendo la eventualidad de una caótica superposición de atribuciones, en una materia tan sensible como lo es la de crear normas generales obligatorias.

Así resulta de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, si bien ha admitido que el PEN puede delegar su potestad reglamentaria en órganos inferiores de la administración pública, *ello es así siempre que esa posibilidad haya sido establecida en una ley previa* (Fallos 311: 2339; Fallos 310: 2193; Fallos 311: 1617).

5. En lo que ahora interesa, el art. 11 inc. c) de la ley 22.315 otorga a la IGJ la atribución de “dictar los reglamentos que estime adecuados”, lo cual, como es claro, no significa que ese Organismo tenga un poder reglamentario similar al que la Constitución otorga al Presidente, sino que esa Inspección puede crear las normas que sean necesarias para reglamentar su actividad y para cumplir con sus funciones.

Ha sido dicho, en ese sentido, que el poder reglamentario de los organismos administrativos debe considerarse circunscrito al ejercicio de las atribuciones que le hayan sido reconocidas respecto de los administrados: *un ente autárquico puede tener cierta potestad reglamentaria en materia determinada por la ley, pero esa potestad es de orden técnico, esto es, no tiene en miras la regulación de los derechos* (Diez, op. cit., pág. 425).

6. Como es claro, no fue eso lo que la IGJ hizo en el caso que nos ocupa, en el que, en cambio, *se atribuyó una facultad que, como la de reglamentar una norma del Código de fondo que hoy nos rige, claramente no tiene porque ninguna ley se la otorga y ni siquiera le asistía al Presidente*.

Lo actuado, por ende, excedió la competencia del Organismo, por lo que las resoluciones que dictó deben considerarse nulas en los términos del art. 14 inc. b) de la ley 19.549, al menos en lo que a las sociedades

respecta, a las que se acota la competencia de esta Cámara (art. 16 de la ley 22.315).

7. Aun si no se compartiera lo expuesto, lo cierto es que esa pretensa “reglamentación” fue más allá de la ley, excediendo los límites que para el poder reglamentario establece el art. 99 inc. 2° de la Constitución.

Cuando la mencionada norma constitucional exige no alterar el espíritu de las leyes con excepciones reglamentarias, establece una delimitación a la atribución de marras *que es de por sí limitada*: ejecutar la ley no es dictar la ley (Marienhoff, Miguel, op. cit., p. 249), por lo que ningún reglamento podría modificarla ni, so pretexto llenar vacíos, podría agregar a las obligaciones legales de los habitantes cargas que, en razón de su naturaleza o de su importancia, no puedan ser impuestas sino por vía legislativa (Diez, p. 421; Casagne, op. cit., p. 181).

Así, a diferencia de lo que ocurre en los llamados decretos delegados -en los que hay una transferencia de competencia legislativa al Poder Ejecutivo-, en las normas reglamentarias el poder administrador no tiene la atribución de completar según su propia discreción aquello que hubiera podido ser dicho por el legislador (Santiago, Alfonso, Facultades legislativas del Congreso delegadas al Poder Ejecutivo, Dirección General de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación).

Si lo hace, ejerce funciones materialmente legislativas que tiene vedadas y se configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución concede al Poder Ejecutivo (Fallos: 322:752; Fallos: 322:1318; Fallos: 341:1924; Fallos: 327:4932).

8. Eso ocurrió en el caso.

La IGJ estableció una interpretación obligatoria de la norma que pretendió reglamentar, estableciendo cuál debía ser la consistencia de la obligación de adecuarse a la nueva normativa que pesaba sobre las sociedades que se hubieran constituido en los términos del art. 3 LGS a efectos de vehicular un conjunto inmobiliario.

Como es claro, no asistía al Organismo esa atribución, cuyo ejercicio implicó suprimir la viabilidad de otorgar a la norma otras interpretaciones posibles, como, por ejemplo, la de admitir que para esa adecuación pudiera alcanzar con que esas sociedades se transformen en consorcios, siendo que esa transformación, inicialmente prevista solo en el art. 74 LGS, hoy se encuentra expresamente admitida como alternativa general en el art. 162 del CCyC para todas las personas jurídicas, dentro de las que se encuentran los consorcios (art. 148 inc. h del CCC).

9. La exorbitancia de lo decidido surge de la misma consistencia de la solución que el organismo “eligió”.

Esa “solución” impone, como surge del mismo texto de las resoluciones impugnadas, la necesidad de que las sociedades involucradas se disuelvan, se liquiden y cancelen su matrícula, nada de lo cual podía ser decidido por la IGJ, como se infiere de lo dispuesto en el art. 303 inc. 3 LGS, que solo la habilita a requerir la adopción de ese temperamento al juez competente.

Así procedió el Organismo, por lo demás, bajo la insólita afirmación de que las sociedades previstas en el citado art. 3 no se encuentran vigentes; afirmación que no solo es equivocada a la luz del hecho de que esa norma no ha sido derogada, sino que, además, aunque hubiera sido correcta, sería inconducente, dados los derechos adquiridos por esas sociedades y sus socios al amparo de tal regulación.

La solución implicó, asimismo, obligar a los afectados a alterar la situación de los derechos reales involucrados, otorgando la documentación necesaria a esos efectos, con sus consiguientes trámites y costos que aparecen así impuestos por la IGJ sin que ello hubiera sido así dispuesto por la norma.

Desde un organismo administrativo local se avanzó, así, sobre las reglas que rigen nuestra República Federal, pues se desconocieron a los distintos Estados provinciales, donde se sitúan en concreto los inmuebles en cuestión, las facultades de diseñar la política de desarrollo urbano en relación a los conjuntos habitacionales de conformidad a los intereses de su comunidad.

Ello, sin perjuicio de que, al incorporar un plazo que el legislador no había previsto -sin que, como es claro, tal omisión pueda imputarse a su falta de previsión-, se incurrió en una nueva invasión de la esfera legislativa, que hubiera tornado inválida la norma por exceso en la potestad reglamentaria, aun si se admitiera que esa potestad de reglamentar el derecho privado asistía a la administración.

10. Finalmente, igual defecto se constata en la decisión vinculada a las sanciones que el Organismo anunció que habría de aplicar.

Las multas que la ley autoriza a la IGJ a aplicar proceden ante infracciones comprobadas, no como amenaza a efectos de que las sociedades involucradas se avengan a cumplir con mandatos o cargas que no surgen de la ley.

Y, en lo que respecta al anuncio de que habría de rechazar la inscripción de los actos societarios, no es siquiera una “sanción” autorizada, por lo que, en su caso, su aplicación podría exhibir, por parte del Organismo, un incumplimiento de las funciones registrales que se encuentran a su cargo.

11. Una acotación adicional: la Sala no puede dejar de ponderar que la IGJ no solo ejerció allí atribuciones legislativas que no tiene, sino que hizo lo propio con la función jurisdiccional, como se infiere del hecho de que, para arribar a la solución que adoptó, debió antes terciar en la discusión doctrinaria planeada acerca de la constitucionalidad de la norma y pronunciarse acerca de este aspecto, que hace a la esencia de esta última función.

La aplicación del derecho privado corresponde a los jueces, no a la Administración pública, lo cual no puede ser soslayado con la argumentación de que se está ejerciendo una atribución distinta, como la involucrada en la reglamentación (Marienhoff, Miguel, op. cit. pág. 269).

12. Por lo expuesto, *resuelve*: declarar nulas y dejar sin efecto las resoluciones apeladas en lo que concierne a su aplicación a las sociedades. Con costas al vencido (art. 68 del Código Procesal).

Notifíquese por secretaría a las partes y a la Señora Fiscal General.

Cumplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Eduardo R. Machin.* — *Julia Villanueva.*

Reglamentación de las leyes de la Nación: la IGJ y sus límites de competencia

Las resoluciones 25/20 y 27/20

Eduardo L. Gregorini Clusellas (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Planteo del caso. — III. El fallo y sus fundamentos. — IV. La IGJ y sus límites. Conclusiones.

I. Introducción

El Cód. Civ. y Com., sancionado mediante la ley 26.994 y vigente desde el año 2015, incorpora en sus arts. 2073 a 2086 inclusive, la regulación de los “conjuntos inmobiliarios”, que hasta

ese momento carecían de regulación específica en la legislación de fondo. El concepto de que son manifestaciones modernas del derecho de propiedad, está expresado en el art. 2073 del referido cuerpo legal, inspirado en parte en el art. 2029 del Proyecto del Cód. Civil del año 1998, y al efecto expresa: “Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”. El Código sancionado

(*) Profesor titular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Director del Doctorado en Derecho e integrante de su Comisión Académica (UCES). Expresidente de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Actual presidente honorario (FIA). Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Expresidente de la Comisión de Derecho y Relaciones Internacionales y actual miembro de la Comisión de Derecho Civil del Colegio de Abogados de la CABA.

consagra al respecto un derecho real especial, que somete a la normativa referente al régimen de propiedad horizontal establecido en el Título V del mismo libro, complementado con las disposiciones especiales determinadas en el título sobre “conjuntos inmobiliarios”. Se contempla el caso de numerosos conjuntos inmobiliarios preexistentes, creados antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., establecidos como sociedades comerciales o derechos personales o bien bajo la coexistencia de derechos reales y personales, disponiéndose la necesaria “adecuación” de las formas constitutivas de dichos conjuntos inmobiliarios “a las previsiones normativas que regulan este derecho real” (art. 2075, Cód. Civ. y Com.). No se establece plazo legal para efectuar la necesaria “adecuación” y la norma regulatoria del marco legal de los conjuntos es el art. 2075 del Cód. Civ. y Com. que dispone:

“Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

“Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

“Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

De la lectura de esta norma resulta como consecuencia que desde la sanción del Cód. Civ. y Com. no se permite a los nuevos conjuntos inmobiliarios, que se constituyan bajo la forma de derechos personales, sino que deberán hacerlo exclusivamente bajo el régimen de los derechos reales de la propiedad horizontal y para los conjuntos preexistentes que no cumplan la exigencia se les impone, sin plazo y sin otra indicación que las pautas a cumplir, la imperativa “adecuación”. Se pasa en muchos casos de los derechos personales a los derechos reales estructurados por el art. 1884 del Cód. Civ. y Com. o sea que de la autonomía de la voluntad se pasa a los derechos reales

creados exclusivamente por ley y comprendidos por el orden público. Con respecto a los aspectos urbanísticos se remite y dispone que se rijan “por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”. En este marco se genera el conflicto y el fallo que se analiza.

II. Planteo del caso

El caso *sub examine* es un fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, que según el art. 16 de la ley 22.315 es el órgano de apelación de las resoluciones de la Inspección General de Justicia, en adelante IGJ, “...cuando se refieran a comerciantes y sociedades comerciales. Cuando dichas resoluciones o las del Ministerio de Justicia de la Nación se refieran a asociaciones civiles o fundaciones, serán apelables ante la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal”. En el caso la IGJ aplicó a la Sociedad Comercial Haras Pino Solo SA sus res. 25/2020 y 27/2020 a fin de hacer efectiva mediante estas la “adecuación” al nuevo régimen dispuesta por el art. 2075 del Cód. Civ. y Com. y la requerida se resistió, apelando por nulidad de las res. 25/2020 y 27/2020. En las referidas resoluciones se otorgaba a la apelante un plazo de 360 días a partir de su publicación en el Boletín Oficial, para que cumplimente la adecuación del art. 2075 en tanto esta se encontraba organizada bajo forma de sociedad anónima. En las resoluciones impugnadas se agrega el apercibimiento de aplicar una multa en caso de incumplimiento por parte de la sociedad, con el agregado de anticiparse que la autoridad de control no daría curso a actuaciones de la sociedad requerida ante ella, en el supuesto de omitirse ejecutar tempestivamente la adecuación. La IGJ establece en su res. 25/2020, exigencias agregadas al contenido y forma de la “adecuación” a realizar, que excluye otras vías posibles y califica a las sociedades comerciales preexistentes de sociedades inválidas y por ende inexistentes.

En los considerandos de la res. 25/2020 se vuelcan consideraciones del director general en favor de la constitucionalidad del art. 2075 del Cód. Civ. y Com., que había sido cuestionado por parte de la doctrina en tanto afectaría derechos adquiridos de las sociedades comerciales, conformadas de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su constitución. En los considerandos de la referida res. 25/2020 se menciona el largo tiempo transcurrido

desde la sanción del Cód. Civ. y Com. y las circunstancias de que si bien el número de incumplidores es elevado (se dimensiona 40 en el ámbito de la CABA), existe un cierto número de sociedades que habían podido dar cumplimiento con la adecuación. Se expresa que en el caso era de aplicación la ley 24.240 de defensa del consumidor y su operatoria en favor de los consumidores inmobiliarios, en tanto destinatarios individuales de la tutela que dicha norma establece (arts. 3° y 37, ley 24.240 y 1092 y ss. Cód. Civ. y Com.).

En su expresión de agravios la apelante cuestiona las facultades de la IGJ para reglamentar el art. 2075 modificándolo en su esencia y para aplicar dicha reglamentación con el alcance que lo hace. Sostiene que le asiste el reconocimiento de derechos adquiridos en tanto que la res. 25/2020 habría desconocido que la constitución de las sociedades cuestionadas había sido realizada de conformidad con la ley vigente al tiempo de su origen (art. 3° de la ley 19.550). Por ello califica que la impugnada resolución de la IGJ hace una aplicación retroactiva improcedente del art. 2075, al declarar inexistentes las sociedades preexistentes como la de la apelante. Como consecuencia de la carencia de facultades que se atribuye a la IGJ para dictar la resolución reglamentaria del art. 2075, se cuestiona el apercibimiento de las sanciones por eventual incumplimiento, y la determinación de las formas de adecuación que la IGJ hace en la res. 25/2020. En ella se pretende por vía reglamentaria excluir otra forma de adecuación, cercenándole a la sociedad un derecho de elección del medio que el art. 2075 no le desconoce.

III. El fallo y sus fundamentos

La Cámara Comercial resuelve la nulidad de las res. 25/2020 y 27/2020 de la IGJ, declarándolas “nulas y sin efectos” “..en lo que concierne a su aplicación a las sociedades”. Impone costas a la autoridad de aplicación vencida, invocando el art. 68 del Código Procesal. Entre los fundamentos en que apoya la decisión destacamos:

a. Carencia de facultades de la IGJ para reglamentar el art. 2075 del Cód. Civ. y Com. y exceso en el ejercicio de la referida función reglamentaria, en el supuesto de que la hubiese tenido

En su desarrollo argumental el Tribunal supone implícitamente la supremacía constitucio-

nal dispuesta por el art. 31 de la CN y el hecho de que el Cód. Civ. y Com. en tanto dictado por el Congreso Nacional según sus atribuciones (art. 75, inc. 12), se encuentra comprendido en esa supremacía establecida para las normas de aplicación nacional. A ellas, las distintas jurisdicciones locales deben ajustarse al igual que a las disposiciones reglamentarias comprendidas por la misma supremacía. En consecuencia, entiende aplicable respecto de la reglamentación de normas del Cód. Civ. y Com. como el art. 2075, lo dispuesto por la CN en su art. 99, inc. 2° expresamente invocado, que enunciando las facultades del presidente de la Nación expresa: “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. Es esta una atribución del presidente que puede delegar si la ley permite (menciona fallos CSJN 322:752; 322:4932 y 341:1924) pero esa delegación en todo caso, aún ejercida por el PEN no puede en ningún caso alterar “el espíritu” de la norma reglamentada, pues legislaría y violaría la prohibición al respecto. “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (art. 99, CN). Ante esta realidad, el Tribunal considera que no teniendo la IGJ atribuciones para reglamentar la ley, no solo lo hizo, sino que fue más allá de lo que hubiese consistido una reglamentación y con los agregados introducidos la modificó. De este modo calificó a la imposición del plazo de 360 días dispuesto por las res. 25/2020 y 27/2020 para dar cumplimiento con la adecuación del art. 2075 Cód. Civ. y Com., cuando esta norma no impone plazo de ejecución y como lógica derivación cuestiona los apercibimientos de multa y de no dar a lugar a la inscripción de las actuaciones que pretenden tramitar las sociedades renuentes a cumplir los apercibimientos. Lógica consecuencia resulta que, si la autoridad no puede imponer un plazo, no puede sancionar por incumplimiento de este. Asimismo, rechaza que apercibir que no se van a inscribir los actos societarios sea una sanción que la ley consagra como tal.

En el fallo se pondera y desestima la aplicación al caso del art. 11, inc. c) de la ley 22.315 que entre las facultades de la IGJ le confiere la facultad de “dictar los reglamentos que considere adecuados”. Se interpreta con cita de la obra de Manuel María Diez, *Derecho administrati-*

vo, pág. 425, que “esa potestad de orden técnico” debe considerarse circunscripta “al ejercicio de las atribuciones que le hayan sido reconocidas respecto de los administrados”, o sea referida al modo de ejercicio de sus atribuciones o al de respuesta de las actuaciones de los administrados ante la propia IGJ. Nada que ver con esta atribución es la de reglamentar leyes de fondo que el art. 99, inc. 3° de la CN otorga al titular del PEN quien no habría tenido la facultad de reglamentar el art. 2075 del Cód. Civ. y Com. y menos delegar dicha facultad, por cuanto ninguna ley le adjudica la atribución. En última instancia cabría entender que considerando la ley 22.315, su interpretación en armonía con el art. 99 de la CN y la supremacía de esta última, se llega a la conclusión de que de la interpretación de dicha ley orgánica de su funcionamiento no resulta facultada la IGJ para reglamentar el art. 2075 del Cód. Civ. y Com. En general no tiene el alcance de atribuirle la reglamentación de los derechos.

b. Incongruencias de las res. 25/2020 y 27/2020 con el art. 2075

Más allá de que la inclusión de disposiciones que la norma no establece signifique modificar la disposición reglamentada y en alguna medida constituye una incongruencia, hay casos en que el fallo destaca que las resoluciones cuestionadas dicen lo contrario de lo que la norma reglamentada expresa. Destacamos al respecto la afirmación de la inexistencia de las sociedades civiles preexistentes a la sanción del Cód. Civ. y Com., constituidas conforme al art. 3° de la LGS, respecto de las cuales se sostiene que “no estarían vigentes” cuando el art. 2075 al exigir su adecuación, reconoce su vigencia. Mal podría adecuarse lo inexistente. En este orden de incongruencia estaría la disposición de la IGJ en su res. 25/2020, en que alude a la necesidad de que las sociedades preexistentes “se disuelvan, se liquiden y cancelen su matrícula” nada de lo cual exige el art. 2075 que para la adecuación permite al obligado elegir la vía, y se le estaría privando de la libertad de elección. Se menciona además que son las referidas facultades de disolución y liquidación que la LGS en su art. 303, inc. 3° circunscribe a los jueces y serían ajenas a las atribuciones de la IGJ. Se desconocen en el caso las facultades de transformación de las personas jurídicas conferidas por el art. 162 del Cód. Civ. y Com. y el art. 74 de la LGS

a las sociedades. Sobre el particular, el art. 162 del Cód. Civ. y Com. sobre “Transformación. Fusión. Escisión” dispone que “las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial. En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto”.

IV. La IGJ y sus límites. Conclusiones

La IGJ es un órgano administrativo de control regulado por la ley 22.315 con limitación jurisdiccional de competencia y cuyas funciones son las atribuidas por ley al Registro Público de Comercio y la fiscalización de las sociedades, asociaciones civiles y fundaciones individualizadas por el art. 1° de la ley y el cumplimiento de las funciones registrales de control y supervisión establecidas en el art. 4° de la misma ley. Posee importantes atribuciones administrativas de asesoramiento y difusión. En el caso la IGJ tropieza con una realidad de la que no es responsable y con el propósito de regularizar la situación de un número elevado de sociedades civiles y lograr su conversión, decide actuar con autonomía absoluta y se excede en sus atribuciones. Tal vez una vía que debió intentar habría sido la que le atribuye el párrafo final del art. 11, inc. c) de la ley orgánica 22.315 en cuanto dispone “...y proponer al Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Justicia de la Nación, la sanción de las normas que, por su naturaleza excedan sus facultades”. Las facultades excedidas para la IGJ serán factibles de ejercer por el PEN, que podría llegar a proponer un proyecto de ley de reforma del art. 2075 si fuese menester. No es nuestro propósito indicar a la IGJ la vía a seguir, que ampliamente le ofrece la ley 22.315 para dar intervención a otros poderes del Estado y autoridades en situaciones críticas de incumplimiento de la ley como la del caso, por ejemplo, el art. 6°, inc. d) le permite formular denuncias ante las autoridades judiciales o bien el art. 7°, inc. f) le permite solicitar al juez competente en materia comercial del domicilio de la sociedad, las medidas previstas en el art. 303 de la LS.

Es incumbencia propia de la IGJ la de fiscalizar las sociedades por acciones (art. 3°) e ins-

cribir sus contratos en el Registro (art. 4°) atento que según el art. 6°, inc. f) podrá “declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización cuando sean contrarios a la ley”. Todo ello sujeto a apelación. La conclusión es que la autoridad de aplicación pudo apoyarse en atribuciones de otros funcionarios y optó por actuar en soledad.

Si cabe agregar una crítica a las formuladas por la Alzada a la IGJ, por nuestra parte la dirigiríamos al legislador autor del art. 2075 en cuanto omitió establecer plazo para la adecuación de las sociedades preexistentes. Su omisión puede considerarse en alguna medida causante de la litis y coloca a la autoridad de aplicación en una encrucijada, que lamentablemente no resuelve de la mejor manera. La norma limitativa del art. 99, inc. 3° de la CN, que circunscribe al titular del PEN como autor exclusivo de la reglamentación, salvo delegación expresa permitida, tiene el sólido argumento de impedir que autoridades administrativas de distintas jurisdicciones, como es el caso, reglamenten leyes federales y generen un caos normativo difícil de superar. El art. 2075, con buen criterio remitió a las jurisdicciones locales la regulación de los “elementos urbanísticos” respetando así principios federales con una solución pragmática. En cuanto al cómo de la adecuación de las sociedades, la referencia a la “normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este libro, con las modificaciones que establece el presente Título” puede considerarse una satisfactoria y suficiente determinación de las pautas a cumplir por las sociedades. Claramente las exigencias de que disuelvan, liquiden y cancelen las matrículas impuestas por la IGJ a través de su res. 25/2020 son uno de los aspectos críticos de su exceso regulatorio impugnado. El art. 2075 no exige estos recaudos. Referencia especial merece la crítica del fallo a las consideraciones del director de la IGJ pronunciándose en favor de la constitucionalidad de la norma del art. 2075 en cuanto la supuesta vulneración que habría producido a los derechos adquiridos de los integrantes de las sociedades preexistentes. Resulta en definitiva una afirmación que en nada incide sobre el litigio ni sobre la suerte del fallo y habría merecido ser considerado pronunciamiento jurisdiccional en el supuesto de que la referida constitucionalidad hubiese sido tema a decidir lo cual en el caso

no sucede y la afirmación al respecto no pasa de ser una manifestación personal del Señor Inspector General sobre la existencia de una situación ordinaria como es la constitucionalidad de una ley nacional, con cita de doctrina al respecto. En síntesis, la constitucionalidad del art. 2075 no resulta cuestionada en el caso y el Tribunal de Alzada no debió expedirse al respecto, así como el Sr. Inspector General adhiere al criterio favorable de la doctrina que cita en los considerandos de la res. 25/2020. Donde aparece la cuestión constitucional es en la interpretación retroactiva del art. 2075 que se hace en la res. 25/2020, a nuestro juicio errónea, que el fallo de Alzada desestima, por cuanto si los efectos del art. 2075 hubiesen sido retroactivos, podrían considerarse lesionados derechos adquiridos preexistentes a la ley. Esta hipótesis el fallo no la considera, en tanto la desestimación de la retroactividad de los efectos del art. 2075, implica la desestimación de la lesión a los derechos adquiridos que dicha retroactividad pudiese haber vulnerado. En síntesis, lo que podría ser motivo de un análisis de constitucionalidad y deviene abstracto, serían los atribuidos efectos retroactivos de la ley, no la ley misma. La IGJ hace una pormenorizada enunciación de antecedentes en los considerandos de la res. 25/2020 y apoya sus conclusiones con citas de doctrina y jurisprudencia. Entre los antecedentes citados en los considerandos de la res. 25/2020 figuran las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata del 28 al 30 de septiembre de 2017, en que la Comisión 7 se expidió con una doble conclusión, en general favorables a la constitucionalidad del párrafo final del art. 2075. La conclusión mayoritaria expresaba: “La conversión no es en principio inconstitucional”. La firmaban Kiper, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Bitar, Stachiotti, Abreut, Bressan, Cossari L., Daguerre, Dallaglio, Fernández Hilda, Garay, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina Nadalina, Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia, Pérez Pedro, Cháves y Abella. A su vez la conclusión minoritaria expresaba: “La conversión no es necesariamente inconstitucional”. La firmaban Alterini J. H., Cossari N., Alterini I., De Rosa C., Corna, De Rosa D., Boqué y Pepe. En las mismas Jornadas se concluyó por unanimidad que el adherente al conjunto inmobiliario, sea persona humana o

jurídica es un consumidor inmobiliario amparado por el derecho de consumo, "si se cumplen los requisitos legales". La referida res. 25/2020 menciona la realidad del incumplimiento incurrido de la adecuación requerida por el art. 2075 del Cód. Civ. y Com., lo cual sucede habiendo transcurrido entonces casi cinco años desde la sanción del Código (hoy más de seis), pero al mismo tiempo señala la verificación de cumplimientos que muestran su factibilidad, más allá de las dificultades presentadas. Reconocemos que no son pocas y de muy destacada doctrina las opiniones vertidas cuestionando la constitucionalidad del párrafo final del art. 2075 (1) sosteniendo su alcance retroactivo y efecto lesivo sobre los derechos adquiridos, algunas llegando a propiciar lisa y llanamente su derogación. Sin embargo, la doctrina prevaleciente, en general con diversos matices sustenta la constitucionalidad de la norma (2). Por nuestra parte entendemos que la idea de adecuación no lesiona en principio derecho de propiedad alguno, pues la propiedad de los titulares de lotes y espacios comunes según legislación preexistente y sociedad, como es este el caso, en ningún aspecto se verán afectados en el derecho mismo por la adecuación. Por el contrario, la imposición legal de

(1) MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N., "La adecuación de los clubes de campo y barrios privados. Resoluciones 25/2020 y 27/2020 de la Inspección General de Justicia", LA LEY 23/06/2020, p. 2. LA LEY, 2020-D. Por su parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016. Sostiene que hay retroactividad y la inconstitucionalidad dependería de las circunstancias.

(2) KIPER, Claudio M., "Conjuntos inmobiliarios. La Resolución Gral. 25/2020 de la Inspección General de Justicia", Rubinzal online; ALTERINI, Jorge - ALTERINI, Ignacio - ALTERINI, María Eugenia, "Tratado de los Derechos Reales", Ed. La Ley, t. II, p. 481 y ss.; GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., "Clubes de campo: Nueva normativa de la Inspección General de Justicia. Invalidez de la Resolución 25/2020", LA LEY 23/06/2020, p. 5. LA LEY, 2020-D, 104; ARMELLA, Cristina N. - COSOLA, Sebastián J. - SABENE, Sebastián E. - SALIERNO, Karina V. - ZAVALA, Gastón A., "Conjuntos inmobiliarios: deber legal de adecuación y Res. 25/2020 de la Inspección General de Justicia y su modificatoria la Res. 27/2020", LA LEY 23/06/2020, p. 10; PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", LA LEY 04/05/2016, p. 1. LA LEY, 2016-C, 724.

hacer en que consiste la adecuación, en alguna medida tiene un objetivo de mejora en seguridad jurídica adjudicando espacios propios y comunes y otros aspectos como equiparación de derechos, evitando abusos en cuanto al pago de expensas, votos diferenciados, realización de asambleas entre otros que se verán plasmados en el reglamento de copropiedad a sancionarse e inscribirse como etapa necesaria de la adecuación. En forma enunciativa el art. 2074 determina los elementos característicos de los conjuntos inmobiliarios que serían en muchos casos concreciones positivas de la adecuación, a saber:

a) Cerramientos perimetrales, determinantes de límites y factores de seguridad.

b) La determinación de partes comunes o privativas, de uso común o exclusivo, en base a los destinos de estos.

c) Estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes.

d) La conformación entre las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades sobre ellos, de un todo único interdependiente e inescindible.

e) La creación de una entidad con personalidad jurídica integrada, que agrupa a los propietarios de las partes privativas. Dicha entidad gestionará el complejo, tendrá a su cargo la administración y aplicará las sanciones que se dispongan a los infractores de las reglas de convivencia.

f) La sanción de un reglamento de copropiedad que establecerá los órganos de funcionamiento, límites y restricciones de los derechos de los particulares, el régimen disciplinario y la obligación y proporción de contribuir a los gastos y cargas comunes por parte de los copropietarios.

g) A estos elementos cabe agregar, según el art. 2048, que el certificado de deuda de expensas y demás contribuciones expedida por el ad-

ministrador con los recaudos exigidos, es título ejecutivo para su cobro a los copropietarios (3).

h) Corresponde como síntesis destacar que los sistemas propios de los conjuntos inmobiliarios brindan una mayor facilidad para la solución de los conflictos entre vecinos, en comparación con la larga duración propia de los conflictos societarios (arts. 2060 y 2063, Cód. Civ. y Com.) (4).

Con relación a las diversas conclusiones expresadas en los referidos considerandos de la res. 25/2020, señalamos nuestra discrepancia con la afirmación de que las sociedades civiles preexistentes, se encontrarían extinguidas e inexistentes por acción retroactiva del art. 2075 y por su propia inactividad por cuanto dichas sociedades omitieron realizar la actividad comercial propia de intercambio de bienes y servicios. Entendemos que el efecto retroactivo de la norma del art. 2075 no resulta de ninguna de sus disposiciones, por el contrario, haciendo una interpretación literal del párrafo final del art. 2075, donde hace referencia a los conjuntos inmobiliarios preexistentes establecidos como derechos personales, establece que "se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real". El texto tiene una clara proyección hacia un hacer futuro, coincide con los art. 162 del Cód. Civ. y Com., que posibilita hacia futuro la transformación y adecuación de las personas jurídicas y el art. 74 de la LGS que hace lo propio respecto de las sociedades. Por su parte es una interpretación coherente con el art. 7° del Cód. Civ. y Com. en su regulación respecto de la eficacia temporal de las leyes (5). Corresponde mencionar que una

(3) RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. La Ley, t. V, p. 613, comentario al art. 2074 por GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Los arts. 2048, 2049 y 2050 del Código Civil y Comercial regulan lo referente a la atención de gastos y contribuciones, la inoponibilidad de defensas e individualización a los obligados al pago de las expensas, en todos los casos con privilegio especial (art. 2582, inc. a).

(4) FAVIER DUBOIS, Eduardo (h), "¿Qué va a pasar cuando empiece a regir el nuevo Código Civil y Comercial?", www.favierduboispgnol.com.

(5) Tengamos presente que según el Diccionario de la Real Academia Española edición 2014, adecuar es "adaptar

destacada corriente doctrinal sostuvo la tesis de la adecuación funcional y operativa de los entes preexistentes, actuando *ex lege* en forma automática el art. 2075 desde la sanción misma del Cód. Civ. y Com. Esta tesis sostiene que las normas imperativas de la propiedad horizontal por comprender derechos reales, y el consiguiente involucramiento del orden público harían innecesario un instrumento de adecuación (6). Esta solución no carece de fundamento, pero sería incongruente con el párrafo final del art. 2075 que a nuestro entender perdería su razón de ser.

La adecuación dispuesta no supone la liquidación de la persona jurídica sino simplemente la transformación que la misma norma del art. 2075 con precisión indica, sin establecer ninguna inexistencia ni efecto retroactivo. Solo lo que existe puede transformarse y adecuarse y ese es el caso.

Respecto de los apercibimientos sobre multas aplicables y la eventualidad de no dar curso a la registración de actuaciones de sociedades infractoras, cabe recordar que las multas aplican a infracciones cometidas, no eventuales y que las referidas en el art. 3° de la res. 25/2020 son de incumbencia judicial. Por otra parte, el apercibimiento de no dar curso a la registración de actuaciones de la sociedad incumplidora (art. 4°, res. 25/2020), es una atribución que la IGJ no puede ejercer de modo arbitrario y la decisión es recurrible ante la Justicia. La referencia de cumplimiento normativo para ordenar o denegar la registración, son las disposiciones del art. 2075 y sus complementarias, y las disposiciones que válidamente emita la IGJ.

Como epílogo cabe observar la realidad de que, si hoy subsisten muchas sociedades comerciales que no se han adecuado a la característica de derechos reales, no es lógico que las

tar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa". En el art. 2075 la orden de adecuar esta precedida de la expresión "se deben" que implica acción a realizar.

(6) ALTERINI, Jorge - ALTERINI, Ignacio - ALTERINI, María Eugenia, "Tratado de los Derechos Reales", Ed. La Ley, t. II, p. 481; PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRO NI, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", LA LEY 04/05/2016, p. 1. LA LEY, 2016-C, 724.

leyes queden sin cumplir, debiendo persistirse hasta que se cumplan. Si por jurisdicción el cometido corresponde a la IGI, deberá procurar la gestión coadyuvante de otros poderes del Estado para lograr los objetivos, máxime que hay situaciones como la que se comenta, que involucran más de una jurisdicción y la autoridad de aplicación no será autosuficiente en todos los casos, siendo como es un órgano jurisdiccional y no nacional. Si las objeciones y resistencia al art. 2075 apuntaron a la complejidad de la exigida adecuación y su elevado costo a adicionar a una gestión concluida, cabría al poder administrador incentivar al cumplimiento de la ley, adoptando todas las medidas conducentes para reducir el costo fiscal de las adecuaciones y simplificando su gestionamiento. En cuanto a la complejidad y modo de hacer la documentación, consideramos que profesionales experimentados podrán instrumentar sin inconvenientes (7) las etapas de adecuación cumpliendo los detalles pautados establecidos por los arts. 2073 a 2086 del Cód. Civ. y Com., y cuyos elementos característicos establece el art. 2074. Para ello, los reglamentos de copro-

piedad y los planos de adecuación serán claves. La invocación al derecho del consumidor que asiste a los titulares de derechos reales en los conjuntos inmobiliarios, no creemos que pueda suplir la insuficiencia de facultades de la IGI en el caso. Su vigencia reconocida favorecerá una mejor tutela de los derechos de estos consumidores a través de la aplicación del art. 42 de la CN y las normas especiales del derecho respectivo. Como copropietarios podrán reclamar de las autoridades de su conjunto inmobiliario renuentes, que inicien los trámites legales de adecuación. El legislador a su vez deberá cuidar que las leyes que sancione no generen situaciones conflictivas derivadas de la incertidumbre. El plazo de ejecución omitido del art. 2075 es un ejemplo y la circunstancia de que transcurra el tiempo sin que una ley se cumpla es un hecho negativo. La interpretación de que omisión de plazo equivale a establecer plazo inmediato, no sería aplicable al caso, donde se verifica una situación preexistente a modificar, que generó resistencias y la realidad demuestra que requiere de tiempo para su solución. Ese tiempo hoy, razonablemente ha transcurrido.

(7) RULLANSKY, Gustavo F. - CLUSELLAS, Eduardo G., "Una propuesta viable para la adecuación de los conjuntos inmobiliarios en Provincia de Buenos Aires", LA LEY 19/10/2020, p. 7. LA LEY, 2020-F; DE HOZ, Marcelo - LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, "Adecuación operativa en sede notarial de los conjuntos inmobiliarios preexistentes", LA LEY 19/10/2020, p. 3. LA LEY, 2020-F.

La realización del derecho requiere de una lucha permanente, siempre inconclusa, al decir de Ihering, y en el camino de esa lucha periódicamente se producen situaciones indeseables, pero no insuperables como la del caso. En síntesis, un fallo inobjetable y una indicación a la IGI de cuidar sus límites de actuación.

USUCAPIÓN

Rechazo de la excepción de prescripción. Procedencia de la reivindicación del inmueble. Derechos sucesorios.

Con nota de Roberto Paz

1. — La Cámara no incurrió en absurdo cuando afirmó que resultaban insuficientes las pruebas para comprobar la posesión a título de dueño por el tiempo legal requerido como pretende el recurrente. Aun cuando se acredite que aquel se encuentra en el inmueble desde el año 1983, no ha acreditado acto posesorio alguno y la mera ocupación no implica posesión *animus domini* por más prolongada que sea esta.
2. — Si bien no es necesario demostrar año por año que se ha poseído el inmueble, abarcando en forma exhaustiva todo el plazo de prescripción, resulta lógico requerir que comprendan, que se extiendan, por buena parte de ese lapso, lo que implica la realización de actos posesorios en forma sucesiva durante el tiempo requerido por la ley, ya que inexorablemente el ejercicio de un señorío fáctico efectivo ha de dejar vestigios.
3. — Resulta llamativo que quien alega ser poseedor por más de 20 años no haya adjuntado documentación alguna (como ser pago de impuestos, comprobantes de reparación de los alambrados u otra que acredite actos posesorios), además al momento de la inspección ocular en el inmueble ni siquiera se constató la presencia de animales, se encontraba vacío y sin ninguna mejora.
4. — Se exhorta —una vez más— a los magistrados a abandonar las prácticas de concurrencia aparente, bajo la idea de adherir a un voto, adoptando el sistema previsto en el art. 28, 2º párrafo del dec.-ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia), cuya genuina interpretación determina que en las sentencias —respetando el orden de sorteo— todos los miembros de la Cámara deben pronunciarse de manera individual sobre las cuestiones esenciales sometidas a su juzgamiento, de este modo a la par de garantizar la efectiva intervención personal de cada Camarista se logra plasmar la deliberación realizada que permite alcanzar el consenso y la mayoría como resguardo fundamental de una sentencia justa (del voto del Dr. Panseri).

ST Corrientes, 06/12/2021. - Tuama, Lucila Aurelia c. Juan Carlos Sandoval y/u ocupantes s/ reivindicación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/195036/2021]

COSTAS

A la parte recurrente.

GXP 36630/19

Corrientes, diciembre 6 de 2021.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 134/143 vta. la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Goya, revocó la decisión de grado rechazando la defensa de prescripción adquisitiva interpuesta por Juan Carlos Sandoval, recibió la acción de reivindicación instaurada por Lucila Aurelia Tuama y ordenó la restitución del inmueble.

Para así decidir la Alzada principió reseñando los antecedentes de la causa, la sentencia de primera instancia y los agravios. Especificó que se trató de un conflicto suscitado entre Tuama que pretendía reivindicar el inmueble invocando ser titular registral, por adjudicación que se le hiciera en el sucesorio de sus padres y Sandoval que opuso excepción de prescripción adquisitiva.

Refirió a los presupuestos para la procedencia de la acción reivindicatoria, la normativa aplicable y los casos que podían presentarse. Circunscribió las cuestiones que arribaban firmes: a) La actora era titular registral del inmueble objeto del juicio por adjudicación en el sucesorio de sus padres; y b) El demandado era linderero del mismo.

Afirmó que Tuama ostentaba el carácter de propietaria y continuadora de la posesión y propiedad que los causantes Norberto Tuama y Rosario Machuca ejercieron, como continuadores de la propiedad y posesión de Lorenzo Tuama y Tomasa Merlo desde que adquirieran el inmueble en el año 1955, con anterioridad a la fecha que indica Sandoval como inicio de su posesión (1983).

Argumentó que cuando la prescripción era opuesta como defensa no requería las exigencias previstas para el caso de ser ejercida como acción; pero que el excepcionante estaba compelido a demostrar la posesión con ánimo de dueño, por el término de veinte años y que había sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida. Recordó que el juez no estaba obligado a referirse a toda la prueba producida, sino aquella que estime conducente para la resolución del pleito.

Evaluó las constancias de la causa y las pruebas producidas para verificar si Sandoval demostró tener derecho a la posesión del inmueble y así, repeler la acción reivindicatoria deducida por Tuama.

Valoró la prueba informativa, reconocimiento judicial, declaración de parte y testimoniales; respecto de Armando y Gregorio Rodríguez las consideró en forma restrictiva por ser amigos íntimos de Sandoval. Entendió que estas declaraciones se contraponían a las producidas por la actora, que ante tales divergencias el accionado debió producir pruebas que corroboren los dichos de los testigos.

No escapó a su análisis que el bien conformaba con el del demandado una sola unidad, luego que por el transcurso del tiempo desaparecieron los alambres divisorios (testimoniales de B.) y que del acta de reconocimiento no surgió la existencia de alguna mejora o animales pastando, Sandoval no confeccionó plano de mensura, ni acompañó comprobante de pago de impuestos inmobiliario rural alguno. Enfatizó que el único acto que demostró la voluntad de poseerlo para sí excluyendo a los terceros fue la oposición a que la actora amojonara el inmueble en el año 2012 y la colocación de llave en la tranquera tipo cimbra, que efectuó cinco o seis años antes del reconocimiento según los propios dichos del demandado. Agregó que la actora no permaneció pasiva y efectuó denuncias contra Sandoval y Galarza por usurpación, amenazas y coacción agravada por uso de armas (PXG 12918/13 y PXG 17079/14).

Concluyó que en esos términos la defensa de posesión no podía prosperar, por no haber acreditado el demandado derecho alguno que logre repeler la acción deducida por la actora, quien demostró debidamente el título obtenido en la sucesión y la perfección del mismo, por lo que la reivindicación debía admitirse.

II. Disconforme el demandado interpone a fs. 151/157 vta. recurso extraordinario inaplicabilidad de la ley, arguyendo que la sentencia incurre en la causal caracterizante del absurdo (art. 278 inc. 3 del código procesal, hoy art. 407 inc. c vigente), fundado en los agravios que se sintetizan a continuación: a) Falta de valoración de prueba decisiva que no fue objeto de recurso y arribara firme a la instancia recursiva. Refiere a las constancias del expediente penal, donde la actora declaró libremente que la “usurpación” de Sandoval se remonta al año 1982 o 1983 y al auto de falta de mérito (Resolución N° 744 del 19/09/2013). Que estos argumentos concluyentes de la sentencia de primera instancia quedaron firmes y hacen plena prueba. Agrega que los testimonios de los testigos de la actora son imprecisos, esquivos e interesados. Arguye que la Cámara incurre en arbitrariedad en su fundamentación. b) Sostiene que en caso de no receptarse el primer agravio y sostenerse la condena se obligaría

a Sandoval a entregar una fracción de 12 has. 50 as., como si toda la extensión estuviera comprendida en su campo, lo que constituye una clara violación de su derecho de propiedad. c) En tercer término, solicita que atento al criterio objetivo de la derrota las costas deben ser impuestas a Tuama en todas las instancias.

III. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley fue deducido dentro del plazo, se dirige contra una sentencia definitiva y, con satisfacción del depósito económico (fs. 149/150). Más, por las razones que expongo los agravios expresados no son idóneos para mudar la solución que el Tribunal de Alzada ha brindado al asunto. Paso a explicar.

IV. En autos el recurrente frente al título de la actora invoca la defensa de prescripción adquisitiva. Como es sabido, la usucapión se hace valer judicialmente a través de dos vías procesales distintas, para cuya admisibilidad son también diferentes los requisitos instrumentales que se deben cumplimentar a raíz de su invocación. Estas dos vías procesales son: la demanda, incluida la reconvenional, para obtener un título en sentido instrumental a cuyo efecto se intenta la acción declarativa de prescripción adquisitiva de la ley 14.159 (con las modificaciones del decreto-ley 5756/1958), y la excepción o defensa de prescripción adquisitiva opuesta para evitar la desposesión en el juicio de reivindicación (AREÁN “Juicio de usucapión” p. 68/69).

En el *sub lite* la usucapión se hace valer procesalmente por vía de excepción fundada en la posesión pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante el transcurso del término de por lo menos 20 años, pero sin reconvenir por la adquisición del dominio. En esta hipótesis no se debe cumplimentar ningún requisito instrumental como recaudo de admisibilidad de la defensa (art. 24, ley 14.159, modificado por decreto-ley 5756/1958), contrariamente a lo que ocurre cuando la usucapión se hace valer por vía de acción, dado que tanto el propietario como el inmueble ya han quedado individualizados al demandarse; pero es necesario tener en claro que la eximición relativa a la agregación del certificado de dominio y del plano de mensura debidamente aprobado, como requisitos documentales de admisibilidad de la vía procesal, no libera al accionado de producir toda la prueba documental que sea necesaria para el triunfo de su defensa y que, obviamente debe estar relacionada con la acreditación de los actos posesorios y de los caracteres no viciosos que su posesión debe revestir durante el tiempo necesario para prescribir, prueba esta que, por lo demás, debe ser complementada con la informativa en aquellos supuestos en que la documentación haya sido expedida por determinada repartición pública o entidad privada en cuyos archivos o registros obren los datos relativos a dicha documental; ello sin perjuicio e independientemente de la producción de los otros medios de prueba aplicables.” (Mariani

de Vidal - Goldenberg - Kiper, “Registro, excepción, prescripción adquisitiva y juicio de usucapión”, LA LEY, 1989-E, 1084).

Así, la necesidad de acreditar los presupuestos básicos de la adquisición lleva a los demandados y excepcionantes a extremar los recaudos probatorios (Musto Néstor J., “Derechos reales”, T. II ed. Rubinzal-Culzoni p. 263). Es que, corre para el demandado la necesidad de acreditar los hechos extintivos o que vician o afectan la eficacia de la relación jurídica invocada por el actor y de la causa generadora del derecho que él postula (art. 2524 inc. 7 Cód. Civil), debiendo ser la valoración de los medios estricta, severa (Areán, “Juicio de usucapión N° 330”, p. 297) ya que la adquisición debe comprobarse de manera insospechable, por hechos inequívocos y reiterados, operando la duda en favor del reivindicante por la subsistencia del dominio (art. 2510 Cód. Civil —art. 1942 Cód. Civ. y Com. de la Nación—). STJ Sent. Civ. 106/21.

Ello así, la Cámara no incurrió en absurdo, ni arbitrariedad al sostener que Sandoval debía demostrar la tenencia del bien en su poder en forma pacífica, continua e ininterrumpida (hoy en día ostensible y continua), lo que constituía el corpus; con intención de someterlo al ejercicio de su derecho de propiedad (a título de dueño), lo que constituía el animus; y que ambos debían manifestarse a través de los llamados actos posesorios por el tiempo legal.

V. Cabe una vez más recordar que conforme el ordenamiento procesal correntino, la revisión de los hechos y de la valoración probatoria por los jueces de grado solo es posible en esta instancia extraordinaria cuando el recurrente demuestra absurdo (CPCyCCtes. art. 407 inc. c). Vicio lógico que se configura, en suma, cuando la valoración signifique una indudable violación de la lógica o de las leyes de máxima experiencia, trasuntando así ausencia de la prudencia jurídica que la ley exige al juzgador.

Ocurre que función esencial de la casación es la de control jurídico, constituyendo el reexamen de la valoración de las pruebas un supuesto excepcional, reservado para los casos de absurdo (CPCyCCtes., art. 407). Teoría, la del absurdo, que surgió para evitar que graves y manifiestas anomalías en la apreciación de las pruebas pudieran conducir a una sentencia sin real apoyo en los hechos. Solo el error palmario de sentar conclusiones en abierta contradicción con comprobaciones fehacientes de la causa, o con desvío de las leyes de la lógica, constituye el absurdo que autoriza la apertura de la casación. En ese sentido, el Superior Tribunal ha acotado que la doctrina del absurdo comporta una solución excepcional en miras de evitar la iniquidad que pudiera contener un pronunciamiento judicial sobre cuestiones de hecho que, por su naturaleza, en principio están excluidas en sede casatoria

(así fue dicho en Sent. N° 24 del 23/03/2012 dictada en el Expte. N° 15035/5, caratulado: “Cardozo, Jorge R. c. San Juan Cora SA s/ indemnización por daños y perjuicios”, entre otras).

VI. Y desde luego que la prescindencia de prueba esencial o decisiva constituye uno de los supuestos típicos de absurdo, pues de ese modo la sentencia queda desprovista de virtualidad para constituir derivación del derecho aplicable a los hechos comprobados del caso. Más, quede en claro que prueba esencial no es meramente la que las partes califican de tal, sino aquella que tiene verdadera gravitación para demostrar hechos que la sentencia debe atender para la justa solución del litigio, como también lo ha señalado acertadamente la Excma. Cámara en el fallo venido a casación.

Ello lo recuerdo porque el quejoso aduce que el Tribunal no apreció las pruebas que demuestran que Sandoval, desde el año 1983, ocupa el inmueble con carácter de dueño, siendo acto demostrativo de la posesión animus domini la falta de delimitación de la fracción, constituyendo con su propiedad una sola. Veamos.

VII. En primer lugar, es insincera la alegación referida a que la Cámara no analiza prueba decisiva y que por ello incurre en el vicio del absurdo. La Alzada analizó todas las pruebas conducentes para la resolución del caso. Así entendió que las testimoniales debían ser corroboradas por otras pruebas y no encontró acreditado ningún acto posesorio sobre la fracción en disputa. Esta aseveración es correcta conforme se comprueba de las compulsas de las actuaciones.

Si bien no es necesario demostrar año por año que se ha poseído el inmueble, abarcando en forma exhaustiva todo el plazo de prescripción, resulta lógico requerir que comprendan, que se extiendan, por buena parte de ese lapso (SCBA DJBA 111-77 y ED, 116-638), lo que implica la realización de actos posesorios en forma sucesiva durante el tiempo requerido por la ley, ya que inexorablemente el ejercicio de un señorío fáctico efectivo ha de dejar vestigios, de allí que no resulte arbitraria la afirmación de la Cámara que no se había cumplimentado los recaudos para la procedencia del instituto de la defensa de prescripción alegada.

También resulta llamativo que quien alega ser poseedor por más de 20 años no haya adjuntado documentación alguna (como ser pago de impuestos, comprobantes de reparación de los alambrados u otra que acredite actos posesorios), además al momento de la inspección ocular en el inmueble de litis ni siquiera se constató la presencia de animales, se encontraba vacío y sin ninguna mejora.

En definitiva y aun cuando tengamos por acreditado que Sandoval se encuentra en el inmueble desde el año 1983, no ha acreditado acto posesorio alguno y la

mera ocupación no implica posesión animus domini por más prolongada que sea esta.

VIII. Y, aunque las declaraciones testimoniales refieren a la antigüedad de la ocupación del demandado, no corresponde a los testigos sino al iura curia novit del tribunal juzgar acerca de si el que detenta una cosa lo hace nomine proprio o nomine alieno, como poseedor animus domine o como mero precarista. Y la circunstancia que ellos narren que lo ha sido por largo tiempo, no siempre permite presumir se haya hecho con la intención de adquirir la propiedad mediante usucapión. (STJ Sentencia 105 03/11/2004 En Expte. N° 23780/04 “Dalzotto, Aida M. y otros c. Zau-pa, Luisa A. y/o q.r. ocupante s/ reivindicación”; Sentencias 80/2017, 98/2017, entre otras).

IX. Así las pruebas, la Cámara no incurrió en absurdo cuando afirmó que resultaban insuficientes para comprobar la posesión a título de dueño por el tiempo legal requerido como pretende el recurrente.

Este Superior Tribunal tiene reiteradamente dicho que el ingreso a un inmueble no presume existencia de posesión animus domini, por prolongada que haya sido la permanencia en él. No basta la mera detentación de la cosa, pues lo contrario importa confundir ocupación con posesión (CNCiv., sala D, 18/12/1981, J. A., 1983-I, p. 360). De allí que sea exigible a quien inició el contacto con la cosa con un título de mero tenedor la prueba categórica sobre el comienzo de la posesión, o, lo que es lo mismo, la fecha de la interversión del título por el que la tenencia pasó a ser con “animus domini” (STJ en “Cirimele de Caviglia Risía Doelia c. Norma Cecilia Charles y/o Norma Lorena Gómez s/ reivindicación”, Expediente N° C01 - 21970/6, Sent. Civ. N° 8 del 06/02/2018; “Lugo De Verón, Lucia c. Alfredo Luis Tripaldi y/o q.r.p. y/o quien se crea con derechos s/ prescripción adquisitiva”, Expediente N° C06 - 7635/3, Sent. Civ. N° 127 del 07/11/2018; SC Buenos Aires, 05/03/1985, J. A., 1985-IV, p. 174. Rev. LA LEY, T. 1985-D, p. 11). Es que, la satisfacción por el usucapiante de la carga de acreditar desde cuándo posee el inmueble con animus domini, resulta imprescindible a fin de poder tenerse por cumplido el plazo legal.

X. En cuanto a lo expresado por el recurrente en el segundo agravio, solo corresponde aclarar que Sandoval deberá restituir la porción del inmueble que según la mensura presentada por la actora se encuentra dentro de los límites de lo que era ocupado por este.

XI. Por último en lo que respecta a las costas no corresponde efectuar modificación alguna, atento a que se propicia la confirmación de la sentencia de la Alzada y esta ha aplicado el criterio objetivo de la derrota (art. 333 Cód. Proc. Civ. y Comercial), no existiendo motivos para apartarnos de ese principio general.

XII. De ahí que concluyo que las críticas del quejoso solo trasuntan una disconformidad subjetiva que no alcanza el nivel requerido para denunciar absurdo en la sentencia de Cámara.

XIII. Por último no se me escapa, ni puedo dejar de destacar que este proceso fue iniciado el 01/07/2019 y el titular del Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Goya, Dr. Gabriel Guillermo Saade, ha aplicado el protocolo de oralidad aprobado por Acuerdo N° 11/19 punto 14 de este STJ. Así en este juicio ordinario, aún encontrándonos en el marco del Servicio de Justicia Administrada por la pandemia Covid-19, se ha dictado sentencia a los catorce meses de su iniciación y ha transcurrido por todas sus instancias en dos años y cuatro meses. Esto no hace más que demostrar los beneficios de la oralidad, por cuya implementación tanto ha bregado este STJ y se ha plasmado en el nuevo código procesal que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2021.

XIV. Por todo lo anterior, si este voto resultare compartido con la mayoría de mis pares, corresponderá rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, con costas a la parte recurrente y pérdida del depósito económico (fs. 149/150). Sin honorarios para el letrado de la parte recurrente por lo inoficioso del trabajo profesional cumplido (art. 3, ley 5822). Así voto.

El doctor *Niz* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Panseri* dijo:

Que, atento al llamamiento de autos para sentencia, adhiero a la relatoría de la causa y comparto la solución propiciada por el Sr. Ministro votante en primer término a cuyos fundamentos me remito para evitar repeticiones innecesarias.

Y en este estado, considero oportuno explayarme acerca de mi reiterada postura sobre las mayorías necesarias requeridas para que las decisiones judiciales provenientes de una Cámara de Apelaciones sean válidas.

Es así que en numerosos precedentes sostuve que el art. 28, 2° párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia) prevé la forma en que deben emitir sus pronunciamientos los jueces de las Cámaras de Apelaciones, “[...] Para dictar pronunciamiento, cada Cámara de Apelaciones se constituirá por lo menos con dos de sus miembros, siendo las decisiones válidas cuando ambos estuvieren de acuerdo por voto fundado, permitiéndose la adhesión al pri-

mer voto. Si hubiere disidencia, intervendrá el presidente para decidir, en cuyo caso deberá hacerlo en forma fundada por uno de los emitidos.”

Asimismo, manifesté que no coincido con la solución legislativa pues entiendo que todos los jueces de las Cámaras de Apelaciones tienen el deber constitucional de pronunciarse sobre las causas sometidas a su consideración; estimando necesario que lege ferenda, se contemple que todos los jueces integrantes de las Cámaras de Apelaciones de la provincia deban pronunciarse sobre las causas que llegan a su conocimiento, ya sea adhiriendo a un voto o, en su caso formulando el suyo, dando cabal cumplimiento con el mandato constitucional impuesto por el art. 185 de la Constitución Provincial.

Ahora bien, y no obstante la recomendación efectuada a los Sres. Magistrados, en pos del cumplimiento constitucional que les ha sido confiado, advierto que en la actualidad tal precepto continúa siendo vulnerado dado que a diferencia de los Tribunales Orales Penales (TOP), en las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa Administrativa y Electoral para que una decisión judicial sea válida se sigue requiriendo el conocimiento para la decisión y la firma de dos de los tres miembros que integran las Cámaras de Apelaciones, quedando excluido el tercer magistrado.

A mi entender la riqueza del órgano judicial colegiado supone el diálogo racional que tolera puntos de vista no exactamente iguales sino complementarios, al modo de caminos diferentes que sin embargo conducen al mismo destino final.

En este sentido, entiendo que la fundamentación de los pronunciamientos constituye una exigencia del funcionamiento del estado de derecho y de la forma republicana de gobierno, principalmente en los casos de las sentencias, siendo una garantía para cada ciudadano; ya que de esta manera pueden ejercer el control de los actos de los magistrados e impugnarlos.

Y es que, la sociedad democrática mayormente participativa pretende que se den a conocer las razones suficientes que justifiquen la toma de las decisiones las cuales se deben hacer conocer para someterlas a una posible crítica.

De allí que este dato propio de los Tribunales Colegiados aparece como francamente irreconciliable con la mera colección de dos opiniones y adhesiones automáticas citadas por los integrantes del cuerpo, vulnerándose así la garantía de certeza o seguridad jurídica si el Tribunal dicta una sentencia con votos aparentemente coincidentes, pero que no permiten establecer las razones que han conducido a pronunciarse de determinada manera.

Es sabido que los Tribunales se encuentran integrados por tres jueces, los cuales tienen la responsabilidad constitucional de expedirse; así lo hacen los Magistrados de los Tribunales Penales a diferencia de los miembros de las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa, con lo cual, entiendo, se menoscaban los principios de igualdad y equidad constitucional.

Cabe recordar que el Alto Tribunal de la Nación ha puntualizado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación, ya que no es solo el imperio del Tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento, sino que estos dos conceptos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión.

Finalmente, considero que los problemas planteados en cuanto a la falta de mayorías o mayorías “aparentes” acarrearán un grave perjuicio tanto para los justiciables como para el efectivo servicio de justicia, ya que si bien se alega como argumento central la celeridad en el trámite de los distintos procesos, en la realidad esto no se traduce de manera absoluta en los tiempos procesales, con el agravante del desconocimiento de los estándares de legitimación.

Es por ello que exhorto —una vez más— a los Sres. Magistrados a abandonar tales prácticas de concurrencia aparente, bajo la idea de adherir a un voto, adoptando el sistema previsto en el art. 28, 2° párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia), cuya genuina interpretación determina que en las sentencias —respetando el orden de sorteo— todos los miembros de la Cámara deben pronunciarse de manera individual sobre las cuestiones esenciales sometidas a su juzgamiento, de este modo a la par de garantizar la efectiva intervención personal de cada Camarista se logra plasmar la deliberación realizada que permite alcanzar el consenso y la mayoría como resguardo fundamental de una sentencia justa. Así voto.

El doctor *Chain* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia: 1°) Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, con costas a la parte recurrente y pérdida del depósito económico (fs. 149/150). Sin honorarios para el letrado de la parte recurrente por lo inoficioso del trabajo profesional cumplido (art. 3, ley 5822). 2°) Insértese y notifíquese. — *Luis E. R. Vázquez*. — *Guillermo H. Semhan*. — *Fernando A. Niz*. — *Eduardo G. Panseri*. — *Alejandro A. Chain*.

Reivindicación y excepción por prescripción adquisitiva

La saludable costumbre de hacer justicia

Roberto Paz (*)

Sumario: I. El caso.— II. La cuestión de fondo. Ámbito de aplicación. Ocupación y posesión. Diferencias. La *possessio* pura y simple del dueño y la *rem sibi habendi* del pretense usucapiente. Distinciones necesarias.— III. A modo de excursus: ¿qué alcance tiene que el actual Cód. Civ. y Com. presume (art. 1911) la posesión por sobre la tenencia del ocupante actual? ¿Cambia en algo las cosas? ¿Realmente presume la posesión el nuevo Código, o nos obliga a revisar bien al caso antes de elaborar conclusiones apresuradas?— IV. Cierre. Aporte final.

I. El caso

La situación llevada a juicio versaba sobre titulares registrales del dominio histórico de un inmueble rústico (se remonta al año 1955) que intentaban reivindicar el predio de manos de un ocupante, vecino, quien alegaba detentarlo desde apenas iniciados los años ochenta.

El demandado opuso excepción por prescripción adquisitiva a los fines de intentar el rechazo de la acción. Si bien tuvo éxito en primera instancia (no llegamos a comprender cuál habría sido la posible —y equivocada, por cierto— lectura realizada por el juez de la causa, pues no tuvimos acceso a su sentencia), las ulteriores acertadamente le cerraron las puertas, revocando al

primigenio fallo y receptando el planteo de los titulares registrales, ordenando al demandado excepcionante la restitución de la parcela que ocupaba, de propiedad de los reivindicantes.

II. La cuestión de fondo. Ámbito de aplicación. Ocupación y posesión. Diferencias. La *possessio* pura y simple del dueño y la *rem sibi habendi* del pretense usucapiente. Distinciones necesarias

El presente caso se inscribe en ciernes de tantos otros que recalcan dentro de una de las variadas temáticas que nos inquietan a todos. Digo todos porque consideramos que tanto quienes dedicamos algún momento de nuestro día a escribir (*ora algún trabajo de esta índole, al-*

(*) Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Ha cursado la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (UNR) bajo la dirección del Profesor Dr. Adolfo Alvarado Velloso. Posgraduado en Derecho Empresario por la Universidad Austral de Buenos Aires, y en Derecho de Familia por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor adjunto a cargo de las Cátedras de Derecho Privado I (Derecho Civil Parte General) para las carreras de Procuración, Abogacía y Diplomatura Universitaria en Corretaje Inmobiliario y de Organización de Juzgados, para las Carreras de Abogacía y Procuración, ambas materias en la Universidad San Pablo T. Capacitador del plan Prodernoa de Regularización Dominial para la Pro-

vincia de Tucumán. Integrante de la Comisión de Reforma y Redacción del nuevo Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Tucumán. Jurado designado por el Consejo Asesor de la Magistratura de la Provincia de Tucumán (CAM) para la evaluación y designación en concursos de oposición de Jueces y Defensores en la Provincia. Especialización en Derechos Humanos y Justicia Constitucional en la Universidad Alma Mater Studiorum de Bolonia, Italia. Presidente de la Asociación de Magistrados de la Provincia de Tucumán durante los años 2015 y 2016. Autor del libro "Prescripción adquisitiva", obra publicada el mes de diciembre de 2018, y actualizada y ampliada recientemente en 2021, Ed. Bibliotex.

guna obra propia en particular, ora algo referido a nuestro diario quehacer) y a la vez, por otro lado, también, nos reconocemos ansiosos consumidores de doctrina, nos hallamos en la permanente búsqueda de pautas referenciales, puntos de apoyo, valoraciones exactas y verdades axiomáticas a los fines de poder aplicarlas a casos concretos. Buscamos reglas, fórmulas, que nos puedan resultar de claridad a los fines de referenciarlos ciertas situaciones y permitirnos darles respuesta.

Al trabajar una materia, cualquiera que fuere, siempre esta habrá de contar con cuestiones rígidas, precisas y determinadas que la gobiernan. Aunque estas fueren pocas, existen, y se hallan al alcance de nuestras manos. Luego, además de ellas, existen otras laxas, sutiles, encubiertas, que se hallan a un poco mayor de distancia, cuyos contornos ya no son tan nítidos y definidos, que se prestan para diversas interpretaciones, y que, por ello, ya no pertenecen ni integran a ese entorno rígido conformado por las primeras.

Nuestra materia (en este caso vamos a considerar materia central de este trabajo a la prescripción adquisitiva), cuenta así con ciertas cuestiones que nos brindan un marco de actuación preciso, advertible, comprobable, empírico y luego, también, anidan en ella una serie de circunstancias que, si bien deben ser necesariamente consideradas dentro de ese mismo marco, ya no se observan tan comprometidas con los parámetros de rigidez, propios de las primeras.

Así las cosas, en nuestro ámbito hallamos elementos tales como plazos, justos títulos, buena o mala fe, actos posesorios, el orden público vinculado a nuestro tema, la carga probatoria del usucapiente, la absolutez y la perpetuidad como regla del derecho real de dominio, la excepcionalidad del progreso de acciones por usucapición y otros tantos, que resultan ser parámetros ciertos, doctrinaria o legalmente definidos o determinados, a los efectos de poder circunscribir y demarcar nuestra tarea. Una suerte de mojones de actuación para los órganos jurisdiccionales y operadores del derecho en general.

Ahora bien, a más de ellos, existen otras cuestiones que ya no resultan ser tan precisas, y con-

forman una interesante materia para trabajar, tales como posesión, tenencia, mera ocupación, interversión de título, reconocimiento de derechos ajenos, allanamientos, el comportamiento en general de las personas que vayan a precisar de la intervención del órgano jurisdiccional (las partes en los procesos), los alcances de un reconocimiento judicial (inspección ocular), las deposiciones de los testigos, su complacencia o no, su credibilidad, la necesaria apoyatura en otros elementos de la testimonial, el principio de la prueba compuesta y sus alcances, etc., etc.

En este caso, nos hallamos frente a un supuesto donde dudas no cabían con relación a plazos o cuestiones por el estilo. Acá nos hallamos frente a un demandado que se opone al progreso de una acción por reivindicación, intentada en su contra, la que procura la restitución de un inmueble ocupado por él, desde hace años. Tal y como resultaba lógico, ensaya —y promueve— la defensa (excepción) por prescripción adquisitiva, alegando e invocando posesión, por más de veinte años.

En ese marco se da la discusión que hoy nos convoca.

En cuanto al ámbito de aplicación, resulta lógico que todo circunde derredor del Digesto Veleziano, habida cuenta de normas expresas que así lo ordenan y deciden en el actual (1).

Atento al especial rigor con el que los recursos extraordinarios locales deben ser considerados, ello en virtud de que en determinadas cuestiones (valoración de elementos de prueba) los jueces de mérito resultan ser soberanos, salvo absurdo, arbitrariedad manifiesta o gravedad institucional, el Superior Tribunal sentenciante ha analizado —someramente, pero lo ha hecho— el trabajo realizado por la Alzada a los fines de escudriñar la posible existencia de alguno de estos supuestos —en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas ofrecidas— no hallando críticas con relación a la tarea desempeñada por la Cámara, al momento de analizar y resolver la cuestión traída a juicio. Todo ello, entendemos, atinente y consonante con la inexpugnable e ineludible tarea y

(1) Arts. 7 y 2537 Cód. Civ. y Com.

función nomofiláctica con la que cuentan los Tribunales Superiores, muy especialmente en referencia a determinadas cuestiones, tales como la admisibilidad de los recursos extraordinarios locales.

En cuanto al caso (a pesar de lo que inicialmente pudiera pensarse), diremos que no se observa orfandad probatoria. En efecto podemos concluir (surge del relato de los hechos efectuado por la sentencia) que existieron pruebas instrumentales, informativas, declaraciones de parte, testimoniales y de reconocimiento judicial (inspección ocular), razón por la cual podríamos afirmar, que los elementos de mérito básicos de un caso típico como el que nos congrega se hallaban presentes, a los efectos de resultar evaluados y considerados.

Aclaremos esto pues, sin dudas, lo que el caso arroja es verdaderamente un déficit de “calidad” de los elementos probatorios aportados, más que lo que podría conformar una real ausencia de prueba. No resulta ser lo mismo intentar probar, y no lograrlo, que directamente no emprender siquiera el intento. Estamos ante el primer supuesto.

La ausencia de prueba, por otro lado, suele deberse a impericia o negligencia en cuanto al ofrecimiento y producción de los elementos necesarios para acreditar los extremos legales, o acaso —también— a la imposibilidad de conseguirlos para aportarlos, atento a su real y verdadera inexistencia. Si a lo largo de los años el interesado en usucapir algún día no fue construyendo y abriendo de a poco su camino hacia la usucapión, dejando a su paso los rastros y la estela propios de tal actividad, cuando le llegue el momento de cosechar una siembra jamás iniciada, los resultados por mostrar serán nulos o cuasi inexistentes.

La adquisición por prescripción adquisitiva de un derecho real (casi siempre lo será el dominio, al ser el más buscado, tal y como es lógico) conforma una ardua tarea, un verdadero trabajo, una responsabilidad para consigo mismo del interesado, una carga —entendida como un imperativo de su propio interés— y como tal, es un trayecto —y un proyecto— que no se delinea ni define solo. No es inercia pura. No es solo “estar” en un lugar, ocupando una cosa ajena. Ese

trabajo precisa de un director, de un gestor, de un hacedor. Es una verdadera empresa.

Sin embargo, todo lo contrario pareciera observarse en el caso que hoy tratamos, y desprenderse del contenido de la pretensión del demandado, de cuya conducta y postura hasta cierto punto se colige una lectura liviana, inadecuada y hasta una expectativa de parte del interesado —de pronto— demasiado pretenciosa y exagerada en cuanto a los efectos derivados de una mera ocupación (supuesta incluso, pues no pudo siquiera ser demostrada al realizarse el reconocimiento judicial) tal y como si considerara que la simple inercia de una mera detentación a lo largo del tiempo, jamás acompañada por actos que pudieren hacer destellar visos de una real posesión con *animus rem sibi habendi*, absolutamente necesarios para decidir alguna cuestión a su favor, bastaría para lograr vencer a un titular registral debidamente inscripto, que procuraba la restitución de su predio.

El *quid* de la cuestión se hallaba, pues, en determinar los alcances de los elementos efectivamente llevados a juicio, y a la valoración y eficacia que habría de reconocerse en ellos.

En su escueto análisis, el Superior Tribunal, como primera medida realiza un trabajo de ponderación de la actividad desarrollada por la Alzada a lo largo de la causa. De esta manera, menciona someramente uno a uno los elementos que se han aportado y sus alcances.

Concluye finalmente que la Cámara ha efectuado un correcto análisis en cuanto a la meritación del cuadro valorativo (no lo evalúa como tal, sino que lo hace prueba por prueba), y finalmente le otorga alcance preciso a este: la causa de fondo —reivindicación— debía prosperar y la defensa por prescripción adquisitiva debía ser rechazada.

En este punto nos parece importante el efectuar un tratamiento diferenciado y por separado de los elementos que fueron aportados. No porque unos vayan a tener mayor peso específico que otros (en algunos casos ello si puede llegar a ocurrir) sino porque las pruebas que se ofrecen y producen en planteos como los aquí ensayados, dependen directamente de su propia suerte, y del contenido con el que cuenten, y su

entidad (atendibilidad en estricto sentido jurídico-procesal) habrá de estar dada y ligada directamente en función de los alcances que esta logre demostrar.

El elemento de mérito no vale por sí, por lo que es, por ontología pura y simple, sino por lo que logra a demostrar. Son sus alcances los determinantes precisos de la importancia y envergadura con la que una prueba cuenta en estos casos, y no la definición o esencia primaria o de origen con la que cuente.

De esta manera, un reconocimiento judicial (que por definición o esencia se presenta como una prueba de orden fundamental) que no logre satisfacer siquiera la demostración de la efectiva ocupación de un predio, de nada habrá de servir. Su alcance será nulo, y como prueba, resultará inatendible (considerando atendible a la prueba que cuenta con la capacidad para coadyuvar la labor del sentenciante a los fines de resolver la *quaestio decidendum*, sometida a su estudio y análisis).

Así, un informe emanado de una oficina pública (importante por nombre y esencia) que no logre demostrar la titularidad del usucapiente de un servicio o pago que se presta o realiza en/por el inmueble supuestamente por él ocupado, tampoco habrá de contar con alcance alguno.

Valga con esto el reafirmar que una prueba en sí, por nombre, esencia o definición, no va a imponer su hegemonía por sobre las demás, sino que habrán de ser sus alcances, las conclusiones emanadas y que se extraigan de su propia eficiencia y contenido, las que la habrán de colocar en un sitial de privilegio dentro de un plano y orden jerárquico frente a los otros elementos de mérito arrimados, o la habrán de relegar al ostracismo de la inatendibilidad.

Recordemos el principio que en cuanto a la valoración de los cuadros probatorios en esta materia debe regirnos: el principio de la prueba compuesta, que consiste en que cada una de las arrimadas aporta un elemento que le es propio, suyo, pero que de ninguna forma debe ser aisladamente considerado sino en función de la interrelación y conexiones con las demás. El valor y peso específico de cada prueba se aúna y amalgama con las otras, integrándose en un todo en

conjunto que es el que le permite al magistrado evaluar y llegar al convencimiento —tanto en positivo, como en la negativa también— de que los recaudos de necesaria e ineludible consecución de parte del interesado en usucapir se hallan presentes, o acaso —por el contrario—, huelgan y se hallan ausentes. A ello habrá que adosar el hecho de considerar al orden público involucrado en estas cuestiones y a la excepcionalidad de la procedencia de un planteo por usucapión.

Con estos elementos, el sentenciante ya se hallará en condiciones de resolver. En el caso, el déficit que arrojaba como resultado el cuadro probatorio compuesto era verdaderamente ponderable, agravado esto aún más, por el acotado margen jurídico-temporal que suele compeler a los jurccionantes por prescripción adquisitiva, al verse demandados por el *verus*, y al escarnio de una acción real que pretende desalojarlos.

Son veinte años por demostrar, *¿acaso no tuvo jamás un comportamiento señorial sobre la cosa a lo largo de todo este tiempo como para acreditarlo luego, tal y como lo haría un dominus?* Veinte años conforman una verdadera vida, es verdad, pero también constituyen una verdadera “oportunidad” que se le presenta al usucapiente para demostrar y poner en realce y manifiesto, y al alcance y conocimiento de terceros —y del juez— el comportamiento que se vino desarrollando durante todo ese lapso con relación a la cosa. Ahora bien, si nada se hizo a lo largo de los años, nada habrá para mostrar y exhibir en los pocos días con los que se cuentan al resultar demandados por el *verus*.

Una cosa es deber en pocos días “ordenar” una cantidad de pruebas con las que se pueda contar, a los fines de acercarlas a los tribunales, y otra muy diferente, pretender elaborar o gestar elementos que no se tienen al alcance porque no existen, y que debieron irse conformando con el paso de los años.

En este caso, se han producido una serie de pruebas, sin el resultado que, de algunas de ellas, *per se*, se esperaba seguramente, habida cuenta de lo antes expuesto. No había nada para mostrar. Ello, como derivación lógica de la au-

sencia de una verdadera posesión con *animus rem sibi habendi*. Pero no nos adelantemos.

Así las cosas, tal y como dijimos, un reconocimiento judicial que no llega a demostrar siquiera la efectiva ocupación del predio no solamente no aporta en nada como elemento de mérito en sí mismo, propio, sino que, como agravante, solidifica la postura de quien nada debía probar (más allá que su calidad de tal), en este caso, el propio demandante, titular registral, o sea, su contraparte.

Debe quedarse siempre presente como una idea real y central que, en estos supuestos, es el usucapiente —y nadie más— quien debe demostrar —en todo momento— que es él quien cuenta con los elementos necesarios para despojar al titular de su derecho, y no considerar, bajo perspectiva alguna, que deba ser el propio *verus* quien tiene que acreditar elemento alguno a los fines de “evitar” resultar expropiado por el pretense usucapiente, con alguna actividad de su parte. El ya hizo lo suyo, y le bastará con haber invocado y acreditado la titularidad registral sobre el predio, acompañando los folios reales e informes pertinentes.

Y en esto queremos detenernos un instante. En causas y situaciones como las aquí descritas y que deben ser resueltas (2), donde los juegos de las presunciones legales operan indudablemente a favor de una de las partes, y las cargas probatorias procesales recaen de manera precisa sobre la otra, debemos tener permanentemente presentes ciertas cuestiones. El riesgo de resultar ineficaz al intentar probar existe, y la consecuencia de la imposibilidad de hacerlo, no habrá de resultar gratuita (en el sentido que le otorgaría Doña Rosa a la palabra “gratuita” y no el derecho, desde luego).

Es que debemos tener en claro que el efecto no querido de lo no probado trasciende la mera falibilidad e ineficacia de la prueba estéril. Se adentra en un campo *praeter* lo buscado por el oferente y, —como efecto anejo—, no habrá de contentarse con el nulo alcance y atendibilidad como prueba ineficaz en sí misma, sino que a la vez, y en paralelo (y este sí conforma un elemento “atendible” por el órgano jurisdiccional en su

sentencia), va a contar con un efecto detractor y nocivo para con quien debía probar: favorecerá a la postura de quien nada debe acreditar, y quien se halla con las presunciones legalmente instituidas a su favor.

Tanto es así que la no positividad de un elemento de mérito proyecta y extiende su efecto desde la ontología de la propia prueba estéril y se inserta ya en el campo del derecho de propiedad ajeno, mejorando la posición jurídica del contrincante que nada debe probar. Vale decir que la “no prueba” cuenta con un doble efecto adverso. La negatividad afecta no solamente a las intenciones de quien debía probar, perjudicando y dañando su situación jurídica, sino que beneficia el status ajeno, es decir, mejora la posición jurídica de la contraparte.

Es que se trata de la “no prueba” de quien “debió probar”, no de cualquier parte. No se trata de la ausencia de prueba de una parte que, conforme a su situación jurídica podía o no probar, le era conveniente o no acreditar alguna cuestión. Aquí se trata de que la parte que debía probar, de quien se espera que pruebe, a quien el juez está dispuesto a oír que es lo que tiene para decir, no llega a hacerlo, ora por insuficiencia, ora por absoluta orfandad, con un idéntico efecto: el rechazo de su planteo.

Y es que ello debe ser así, por otro lado, por el juego de las presunciones legales y de la carga procesal que constituye el *onus probandi*, que en todo momento campean en esta batalla que se constriñe a una lucha entre quien quiere lograr adquirir un derecho real que aún no es suyo, a costa de quien quiere mantenerlo en su patrimonio.

Quien no logra probar, “probando”, fortalece a la postura de quien no precisa probar probando, y a quien solo le basta con estar, “estando”, colocándose donde la ley lo ha ubicado o le ha permitido ubicarse válidamente y bajo su amparo.

Tenemos en claro que holísticamente nos hallamos frente a un tema que involucra al orden público. De hecho, esta conforma la razón esencial por la cual las causas que versan sobre pres-

(2) Art. 3 Cód. Civ. y Com.

cripción adquisitiva no pueden resultar objeto de procesos de mediación (3).

Ahora bien, *¿qué otros alcances tiene el hecho de que nos hallemos frente a una cuestión de orden público?* Pues bien, entre otros, que por el carácter perpetuo que abraza al dominio como derecho real, al menos en Argentina, nadie puede ser “expropiado” a manos de otro particular, a menos que sea este último quien muestre, cabal, concreta y fehacientemente, el cumplimiento de todos y cada uno de los recaudos y elementos que debe traer a juicio a los fines de acreditar una posesión efectiva, ostensible, ininterrumpida y continua con *animus rem sibi habendi* por el espacio de tiempo y condiciones exigidas por la ley sobre ese predio ajeno, objeto de la causa, por aplicación de ese principio inveterado de que la prescripción adquisitiva es un modo absolutamente excepcional de adquisición de un derecho real.

Adquirir por vía de usucapación no es, ni jamás será, la regla. La regla, por el contrario, es la permanencia en el dominio del titular registral y ergo, como consecuencia de ello, el rechazo de las acciones que intenten adquirir por prescripción un derecho real sin contar con los elementos necesarios.

No conforma entonces, novedad alguna entre nosotros, el hecho de que resulta ser el usucapiente quien tiene sobre sus hombros la imperiosa y predeterminada exigencia de cumplir acabadamente con los parámetros tanto legal como jurisprudencialmente establecidos a los efectos de desplazar al derecho de mayor envergadura y mayor peso por antonomasia de todos: el dominio de manos del *verus* (considerando desde luego que sea el dominio el derecho real involucrado en la disputa, tal y como acontece en casi el ciento por ciento de los casos llevados a nuestros tribunales).

Volviendo a nuestro tema luego del excurso, diremos que un reconocimiento judicial realizado dentro de una causa, el cual no ha servi-

do siquiera para la acreditar que el compelido en demostrar los extremos pertinentes y básicos (usucapiente) cuenta con ellos (en este caso no pudo siquiera acreditar la mera ocupación del predio), como efecto directo no solo arroja un resultado no positivo sino, como adicional, y conforme ya vimos, genera un aporte de negatividad importante y adverso para con la postura del oferente por aquello que consideramos, propio de los roles, presunciones y cargas que circundan a la relación demandante-demandado, a los que ya *supra* hiciéramos referencia.

Es por ello, repasando algo ya dicho, que no habiendo podido demostrar quien alega detentar la posesión de un predio desde hace años, a través de la inspección correspondiente, que efectivamente ocupa a ese predio, toda la negatividad del alcance de esa prueba estéril debe verse desplazada a favor de la postura del titular reclamante, y mostrarse favorecedora de la postura de este último, ingresando y reforzando el campo de su derecho de propiedad. Incluso, tal y como es lógico también, en el caso de que el titular de dominio se haya podido válidamente limitar a efectuar su planteo y acreditar su calidad de titular, con el título pertinente inscripto, sin realizar otros esfuerzos mayores.

Es que, por el juego de necesidades e imposiciones legales, no es sino quien pretende vencerlo el que tiene el deber de demostrar todos los extremos necesarios para ello, y es el órgano jurisdiccional en definitiva quien habrá de evaluar los alcances y eficacia de su planteo, en base a los condicionantes ya *supra* detallados (orden público involucrado, excepcionalidad de la procedencia de un planteo por usucapación, etc.).

Es el *verus* quien cuenta con las presunciones a su favor. Es él el dueño del título debidamente inscripto en los Registros. Es él quien, para todos, reviste el carácter de *dominus* y quien habrá de ser mantenido en tal calidad y condición mientras no demuestre lo contrario el usucapiente, rebatiendo todas las presunciones que obran en su propia contra, a través del planteo y demostración correspondiente ante el órgano jurisdiccional.

En el caso de autos ha acontecido lo detallado. El reconocimiento judicial efectuado no ha servido siquiera para demostrar “la mera ocu-

(3) PAZ, Roberto, "Prescripción Adquisitiva, De la Realidad de Vélez Sarsfield a la actualidad del Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Bibliotex, Tucumán, 2018, 1ª ed., p. 160 y ss. y 2ª ed. ampliada y actualizada, 2021, p. 477 y ss. ISBN 978-987-42-9403-6.

pación” de la porción de tierra en disputa (recordemos que se trata de dos vecinos titulares contiguos de dos predios) de parte de quien opusiera la excepción por prescripción adquisitiva al progreso de la reivindicación de los titulares. Aclaremos que se menciona que no existía mantenimiento alguno del predio, ni alambrados divisorios existentes, mucho menos debidamente mantenidos, ni animales pastando. Nada.

Conforme venimos anticipando en estas líneas ya, los alcances de la inspección fallida no pueden solo considerarse liminarmente perjudiciales para con la interesada en demostrar su posesión, sino como dijimos, como contrapartida, y como pautas adicionales, deben postularse como beneficiantes de la postura de los reivindicantes. Lo que no se pudo demostrar, y debió serlo, opera como elemento y factor contrario a las intenciones y aspiraciones de quien, por el *onus probandi*, tenía a su cargo la demostración del extremo, favoreciendo así a la postura de la parte opuesta.

Todas estas reglas procesales deben servir, en las horas decisivas, como ineludible elemento de valoración y convicción para el órgano jurisdiccional. Ello como parte integrante de lo que al inicio de este trabajo proponíamos: esa búsqueda de parámetros que nos sirvan de aporte para la resolución de conflictos, que en definitiva es para lo que deben hacerse presentes.

Si bien el Superior Tribunal no lo menciona de manera expresa, al adentrarse en el análisis de los elementos de mérito aportados (con sus alcances limitados también resaltados), quizás hasta de manera elíptica haya hecho una táctica aplicación de los parámetros que venimos proponiendo. La carencia de elementos aportados, para referirnos en propiedad y expresarnos mejor, los escasos alcances y efectividad de las pruebas producidas en el expediente no han sido leídos y considerados sino en el justo provecho de los reivindicantes quienes detentan el título, haciendo una aplicación precisa y correcta del juego de presunciones legales, obligaciones procesales y orden público que se observan involucrados en el caso.

La presunción legal que favorece al *verus* (en cuanto a ser mantenido en su derecho mientras

nadie demuestre lo contrario), se debe ver reafirmada en función de la orfandad, insuficiencia o carencia de argumentos de parte de quien intenta rebatir su derecho. Es un juego de pesos y contrapesos lógico. Una balanza, donde la situación jurídica de una de las partes en positivo es directamente proporcional al status negativo de la contraria. Mientras uno se eleva y mejora su posición jurídica, proporcionalmente el otro desciende y observa disminuida a la suya.

Otro elemento de mérito observado (con las limitaciones del caso pues no resultan ser abundantes los detalles en ciernes) está conformado por una supuesta declaración de los reivindicantes efectuada en sede penal, donde habrían reconocido la usurpación de manos del excepcionante, apenas iniciada la década de los ochenta, lo que equivaldría a reconocer la ocupación del predio de parte de este.

Consideramos que cuando se realizan este tipo de declaraciones lo primero que debe imperar, como en todo, es la prudencia. El contexto, las formas, los declarantes, las causas, todos resultan ser elementos que deben ser considerados a los fines de evaluar los alcances de posiciones de esta índole.

Muchas veces, estas se producen dentro de un contexto donde es el propio declarante quien se dirige a sede penal a formular denuncia contra el usurpador, y no se trata de una declaración de alguien que es “llevado” a declarar a la Fiscalía de Instrucción. Las circunstancias deben ser analizadas, prolijamente. Muchas veces, estos reconocimientos no se producen sino dentro del contexto de pretender “recobrar” un derecho, y no precisamente, en el ámbito donde se pretende desertar de uno.

Ahora bien, el hecho —que puede ser aislado, o sacado de su contexto también, a veces con suma ligereza incluso— de que el propio declarante (titular registral del dominio) formalice alegaciones que puedan resultar luego consideradas o leídas en cierto punto como contrarias a sus intereses puntuales, debe ser también meritulado dentro del marco fáctico-legal en el cual se produce la declaración, y evaluarse de forma precisa el lugar donde esta habrá de recalar y hallar cabida, dentro de la cosmovisión de derechos y obligaciones entrecruzadas que operan y

convergen en esta tan especial relación que se produce entre *verus* y pretense usucapiente.

Mientras no se trate de una declaración que procure, de manera inequívoca, directa y concreta, el reconocimiento de algún derecho en manos del usucapiente (4), jamás una deposición de esta índole, procedente del *verus*, debe —o puede— ser considerada como determinante a los efectos de solidificar la postura del usucapiente. Podrá servir para establecer parámetros referenciales de tiempo, muy factiblemente, pero en vano podrán ser consideradas como que suplen las obligaciones puntuales y deberes de acreditación necesaria que recaen, siempre, en cabeza del propio interesado en destronar el derecho del titular registral.

Este tipo de declaraciones, desafortunadas, equívocas, a veces sacadas de contexto como dijimos, a veces hasta erráticas, pues los términos en años pueden resultar hasta equívocamente consignados o confusos, en modo alguno relevan o eximen al interesado de su deber de acreditar y demostrar los extremos legales a los fines de favorecer y brindar sustento suficiente a su propio andamiaje probatorio.

Con esto, lo que pretendemos significar es que el supuesto de que los titulares hayan referenciado a hechos puntuales de ocupación o usurpación ajena, v.gr. de oposición de parte del usucapiente a la colocación de mojones dentro del predio en un determinado tiempo, solamente pueden ser considerados como actos posesorios puntuales y aislados del pretense poseedor, los que deben verse forzosamente aunados a otros tantos para determinar la necesaria línea de tiempo y apuntarse hacia un largo término de mínimamente dos décadas, concatenando una serie de hechos de este estilo y que demarquen no solo la existencia de posesión efectiva, sino del *animus rem sibi habendi* imprescindible, denotando una indiscutible continuidad a lo largo de los años. Valga el recordar que posesión “ininterrumpida” refiere a hechos procedentes de terceros, mientras que “continua”, alude al comportamiento íntimo del propio usucapiente en su relación de poder para con la cosa misma. Este resulta ser un elemento vital a los fines de

(4) Arts. 2545 y 2546 a contrario sensu Cód. Civ. y Com.

acreditar la veracidad de su planteo y debe ser analizado con precisión por los jueces (5).

Otro elemento de mérito utilizado, y es el que dejamos para el final, es la prueba testimonial.

La hemos dejado para el cierre por dos cuestiones. Como primera medida, porque vamos a ensayar una pequeña crítica hacia el fallo en cuanto al tratamiento que se ha hecho con relación a ella, por un lado, y por otro, habida cuenta de que con esta prueba ocurren quizás la mayor variedad de bemoles posibles, no solo en este, sino en cualquier caso que sobre el tema decidamos tratar. Ello no justifica el desliz del proloquio, pero sin dudas atenúa a la confusión que se produce con relación a este tan especial medio probatorio.

La testimonial es una prueba que muchas veces, por sus propias características y esencia, poco aporta (*en otros supuestos si lo hace*), pero por otro lado, curiosamente, resulta casi imposible que en este tipo de casos se halle ausente. Siempre está, para bien o para mal, pero está.

Decimos que en ocasiones poco aporta por varias razones. La primera de ellas está dada en virtud de que, si la usucapión se opone por vía de acción, operan las restricciones legales (6), no siendo este el caso, precisamente. Al aquí haberse opuesto por vía de defensa [nosotros preferimos utilizar el término “acción” y no el apelativo “demanda” como lo hace el Superior Tribunal, entendiéndolo una aplicabilidad y uso más apropiado, en cuanto a la idea procesal de la ubicación y postura de cada una de las partes (7)], no corrían tales restricciones, es decir, que una defensa por prescripción podría válidamente haberse asentado con “exclusividad” en la prueba testimonial.

Claro está que para que ello hubiera acontecido, el supuesto de hecho debería haber contado con una prueba de este tipo —testimonial— tan indubitada, creíble y elocuente que nos resulta muy difícil de concebir, más aún, por las caracte-

(5) Art. 1900 Cód. Civ. y Com.

(6) Arts. 24 inc. c) ley 14.159.

(7) PAZ, Roberto, "Prescripción Adquisitiva", ob. cit., 1ª ed., p. 37 y ss. y 2ª ed., ob. cit., p. 64 y ss.

terísticas propias que definen a este tan especial elemento de mérito. No ocurre en el caso, de todos modos.

Referimos específicamente al carácter de esta prueba al considerar que la principal falencia de la que suele hacer gala la testimonial es, precisamente, la de depender de la propia naturaleza humana. A nadie le faltan amigos, conocidos, familiares, dispuestos a hacer su aporte, cuando se los necesita. Personas, incluso, que estarían hasta de acuerdo en faltar a la verdad (hallándose bajo juramento incluso, conforme formalidades procesales impuestas), y arriesgándose a incurrir en la comisión de un delito (8), a cambio de poder ayudar a un ser cercano que precisa de una “gentil alteración o silenciamiento de los hechos”, pretendiendo así coadyuvar y evitarle males mayores.

Esta dualidad o dicotomía que se nos presenta a diario en los tribunales, entre justificar “códigicos” entre personas alcanzadas por vínculos de afinidad, afecto o familiaridad, con la obligación que a cualquier ciudadano cabe de cumplir con un rol cívico determinado —comparecer y decir la verdad— nos obligan a mirar muchas veces hacia el costado. Muchas personas deberían haber sido procesadas por falso testimonio en ocasión de deponer en causas civiles. Nunca lo llegamos a ver en casi 28 años de experiencia, más allá de alguna que otra velada intención de hacerlo.

Estas cuestiones, hartamente conocidas por los magistrados y diversos operadores del sistema judicial, son las que muchas veces atentan contra la credibilidad de los deponentes, y terminan por afectar el alcance y eficacia de la prueba como tal. No pretendemos negar con esto que pueden de pronto hallarse presentes testimonios creíbles y ergo, atendibles. Lo que consideramos es que muchas veces estos (los que vayan a resultar atendibles) no van a proceder del riñón de ninguna de las partes en particular, sino, ocasionalmente, provendrán de alguna prueba que pueda resultar vinculada a la testimonial *per se*, al recabarse del vecindario, por ejemplo, sin que haya podido ser “direccionada” de manera puntual por alguna de las partes en particular.

En casos como el que hoy nos convoca, tal y como resulta lógico, suele acontecer otro tanto. Ambas partes aportan sus propios testigos cuyas deposiciones, va de suyo, finalmente terminan enfrentadas y contrapuestas, produciéndose una suerte de anulación mutua por compensación procesal negativa de unas con otras.

Esto es lo que aparentemente acontece en el supuesto analizado, refiriendo el Superior Tribunal a la existencia de declarantes “amigos íntimos” de Sandoval —demandado— (cualquier semejanza con la inolvidable *El secreto de sus ojos* —Campanella— deberá ser considerada como una mera coincidencia, recordando a la dupla Espósito-Sandoval, de Ricardo Darín y Guillermo Francella) lo cual —a todas luces— habría de favorecer su limitada atendibilidad, al verse contrarrestada o contrapuesta por las deposiciones de testigos de la contraria (actores reivindicantes).

Ahora bien, a modo de excurso, y como una crítica hacia la terminología utilizada en el fallo, nos queremos detener un par de párrafos con relación a la que consideramos poco feliz utilización de la palabra “insincera”.

Referir a una alegación de parte como insincera nos parece que equivoca el camino que debe seguir y contener la respuesta hacia un litigante y que se aguarda provenga desde el órgano jurisdiccional. Decimos esto pues la sinceridad (o la falta de ella) depende de una postura personal, unilateral, refiere a la mirada hacia adentro con relación a algo puntual que una persona siente. Una persona puede perfectamente estar siendo “sincera”, y a pesar de ello, hallarse equivocada, resultando así discordante o desasociada la afirmación que efectúa con la realidad, es decir, estaríamos frente a una simple apreciación errada.

Hacia adentro (esto se vincula con el plano o aspecto interno de elaboración de una declaración, interviniendo factores como el discernimiento, la intención y la libertad, los cuales se preservan de la vista y consideración de los terceros, pues son previos a ella) considera estar en lo cierto (y puede estarlo o no), pero hacia el afuera (manifestación de la voluntad expresada hacia el mundo exterior, observada por todos) su afirmación se proyecta de una forma que no

(8) Art. 275 Cód. Penal Argentino.

encastra con la realidad, es decir, se inscribe o concreta como una afirmación equivocada, al discordar dicha declaración con los elementos del mundo real.

Acusar de insincera a la afirmación de una parte poco menos que coloca al órgano jurisdiccional en el rol de juez de su propia conciencia —de la parte—, y pretende sitiario —valga la expresión— casi como “dentro de sus pantalones”, pues a la vez que realiza una valoración de la declaración efectuada en el plano objetivo de la realidad (y evalúa su coincidencia con el mundo exterior de las cosas, lo cual puede tornarla equivocada o no, y es la parte correcta, pues resulta correcto hacerlo), pretende introducirse en el plano íntimo y personal de su propio convencimiento interno acerca de si conoce verdaderamente si se encuentra errado —o no—, y como si hubiera decidido —voluntariamente— en caso de conocer que está equivocado, falsear a esa verdad, efectuando una declaración disociada con esta, lo cual (consideramos) excede el marco crítico que debiera realizarse de la postura de las partes, y a la vez lo hace incurrir en algo que, consideramos, no podría conocer jamás con fehaciencia y en profundidad, el verdadero pensar y sentir personal del declarante: su conciencia.

De aquí lo que pretendemos dejar en claro. En el caso, al Superior Tribunal le bastaba con advertir el yerro o equívoco de la alegación, su discordancia con la realidad, y así manifestarlo (limitarse al análisis de la primera parte de lo expuesto en el párrafo anterior solamente), no siendo necesaria tacharla a la declaración de “insincera” pues, la sinceridad —o su ausencia—, jamás podrá resultar advertida desde el afuera, solo desde adentro del propio declarante (salvo que conozcamos su conciencia como dijimos). Desde afuera solo podemos analizar (y es lo que corresponde hacer) la coincidencia de la declaración con el plano de la realidad, es decir, su declaración de voluntad manifestada. Solo eso. Y como consecuencia de ello, advertir su discordancia o encastrar con relación al mundo exterior y la realidad de las cosas, es decir, su yerro o acierto. No más que eso.

Por lo dicho, consideramos una equivocación el uso del apelativo “insincera”, referida a la de-

claración de una de las partes. Auguramos la explicación se haya entendido.

Dejada de lado esta cuestión, otra pequeña crítica al proloquio, devenida de una frase que debió evitarse utilizar, nos parece que merece ser resaltada y de paso, tal y como corresponde, aprovechar la oportunidad para discurrir en derredor de un tema tan complejo como lo es la prueba testimonial, a los fines tornar provechoso el análisis que podamos realizar en ciernes.

Desde ya dejamos en claro que, a pesar de este par de comentarios críticos realizados con relación al fallo, en líneas generales, tal y como reza el título del presente trabajo, compartimos la suerte seguida por esta causa y acompañamos al decisorio dictado por el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes. Lo dicho, no empece al hecho de que, en cuanto a alguna cuestión puntual, tal y como en definitiva acontecen las cosas, nos parezca importante el aprovechar estas oportunidades que nos brindan las revistas de derecho y los propios autores del proloquio, para tratar de resaltar tanto las virtudes como alguna que otra cuestión criticable también, de una resolución. En definitiva, por ahí pasa la riqueza que puede extraerse de este ir y venir de una sentencia, y la conveniencia y oportunidad para discutir los temas que nos resulten a todos de interés.

Entrando ya en lo que queríamos remarcar, nos parece importante dejar en claro que consideramos un tanto desafortunada una afirmación realizada por la Alzada, que el Superior Tribunal finaliza haciendo también en el cuerpo de la sentencia.

Tenemos presente que en autos se había planteado por vía de defensa la prescripción adquisitiva frente al reivindicatorio de los titulares registrales. Ahora bien, siendo así las cosas, como ya vimos, no se tornaba operativa la limitación *supra* resaltada del inc. c) del apartado 24 de la ley 14.159. ¿*Qué quiere decir esto?* Pues sencillamente que, en la causa, la prescripción adquisitiva opuesta podía válidamente proceder en base, exclusivamente, a la testimonial ofrecida, es decir, sin que pudieren haber existido otros tipos de pruebas ni elementos de mérito. Solamente en base a testigos, sí.

Conforme a ello, no se comprende una afirmación que consigne: "...Así entendió (la Alzada, dice el Superior Tribunal) que las testimoniales debían ser corroboradas por otras pruebas..." "...Esta aseveración es correcta..." (alega luego la Corte).

Siendo que la usucapión había sido planteada por vía de defensa, no resultaba conveniente efectuar una alegación de esta índole. No correspondía, decimos, pues la ley no exige tal cosa, es más, lo permite, dadas las circunstancias. La testimonial, en este caso, no precisaba ("debía" dice el fallo), ser corroborada por ningún otro elemento probatorio.

Sin perjuicio de ello, y entrando en el análisis que corresponde efectuar, y sin intentar justificar el andar, tanto de la Alzada como del Superior, llegamos sí a entender cuáles fueron los motivos que la llevaron a realizar la desafortunada alegación. En definitiva, es esa la finalidad de este tipo de trabajos.

Hemos efectuado al iniciar el tratamiento de esta tan especial prueba (testimonial) una serie de comentarios como una suerte y manera de prologar válidamente lo que sabíamos debíamos luego comentar acerca del tratamiento que el Superior Tribunal había brindado a esta especial prueba en la causa que aquí comentamos.

De esta manera, como dijimos, analizando las constancias de los obrados, se puede llegar a entender que afirmaciones como las que tuvieron lugar, y que debieron evitarse, hayan finalmente tenido cabida. Todo pasa por algo.

En el expediente, agregamos de nuestra cosecha que la prueba testimonial estuvo integrada (lo deducimos pues el tratamiento brindado a esta ha resultado muy poco locuaz) por una diversidad de personas que componían los dos ya consabidos y consolidados grupos antagónicos. Uno, que respondía de manera complaciente, tendenciosa y muy direccionada al demandado Sandoval (presumimos esto pues se afirma en el proloquio la existencia de "amigos íntimos" del demandado testificando, alegación que claramente puede deberse o inferirse de la "complacencia" de sus dichos), y otro, respondiendo a los intereses de la parte actora, contrarios a ellos, va de suyo, imposibles de maridar. De aquí

que se torne aplicable al *sub judice* todo lo dicho al inicio con relación al tan especial carácter de esta prueba, y a los supuestos que habitualmente suelen acontecer en ciernes.

Ahora bien, por más que estos grupos claramente definidos hayan tenido su incursión dentro del período de pruebas, y haya resultado manifiesta la postura de cada uno de ellos, en cuando a resultar complacientes y direccionados protegiendo al interés puntual al que intentaban defender o representar, conforme se quiera entender, nada hacía prever que el órgano jurisdiccional pudiese realizar una afirmación como la realizada, en el sentido de que "las testimoniales debían ser corroboradas por otras pruebas".

Con relación a esto diremos: no "debían". Convenía, sí. Era lógico y esperable que otras pruebas operen como un "complemento" de aquella que poco aportaba, sí. Ahora bien, la testimonial, no "debía" ser corroborada por otras. En los planteos "defensivos" de usucapión (no por vía de acción), la testimonial cuenta con vida propia, y no precisa del apoyo ni aporte de ningún otro elemento, más allá de que lo tenga en definitiva. *¿Se entiende?* Lo que queremos dejar en claro es que la testimonial, *ope legis*, bajo aspecto alguno "debe" resultar corroborada por otras pruebas.

Valga el excurso para decir por estas alturas que la testimonial, cuando es prestada de manera tendenciosa, complaciente, —hasta descarada en ocasiones—, solo pretende aportar confusión a una causa. Es más, en muchos casos intenta incorporar al proceso elementos que en nada se condicen ni compadecen con los devenidos de otras pruebas. Y ello es lógico señores: estos testigos mienten, alteran la realidad, la modifican, la callan o censuran con sus dichos, en interés puntual de alguna de las partes, y en perjuicio directo del *alter*. De aquí que tratamos y proponemos considerar con tanto prurito y cuidado a este tan especial medio probatorio. Más aún, en casos como el presente, donde la usucapión es opuesta por vía de defensa.

Sin perjuicio de ello, como ya anticipáramos, resulta comprensible el hecho de que se haya llegado a afirmar lo dicho. *¿La razón?* Pues sencillamente al haber acontecido parte de lo ya

resaltado al iniciar el tratamiento de la prueba testimonial en este trabajo, párrafos atrás. Al producirse esta suerte de testimonios generales enfrentados, se le presenta al órgano decisor una suerte de “compensación negativa” entre los dos grupos testificantes antagónicos, en cuanto a sus efectos y alcances como prueba, sobreviniendo en la causa un *fumus* de “inatendibilidad generalizada”, aplicable a la totalidad de la prueba testimonial producida.

Esto es lo que ha llevado a la Alzada, y luego al Superior Tribunal, a esa desafortunada afirmación. La holística inatendibilidad de la prueba testimonial, al ser observada y confirmada, en base a sus contenidos antagónicos y contrapuestos, necesariamente ha empujado al órgano jurisdiccional a deber “echar mano a elementos externos”, lo que llevó a afirmar la necesidad de “que las testimoniales debían ser corroboradas” por otras pruebas. En realidad, lo que acontecía como telón de fondo, era que las deposiciones se hallaban en una situación de no poder aportar elemento alguno de valía a los efectos de resolver la *quaestio decidendum*. Ello, por una cuestión absolutamente lógica, obligaba al sentenciante a recurrir a otros elementos de mérito producidos (en este caso los había, pues pudo haber ocurrido que la testimonial hubiera sido la única prueba producida), y en caso de no haber existido, hubiera debido aplicar directamente la norma o principio general del rechazo del planteo de prescripción en el supuesto de no verse sustentado en base a pruebas elocuentes y concretas.

Si bien la causa pudo haberse resuelto en base a pruebas testimoniales con exclusividad, es decir, en caso de no haber existido otros elementos de mérito (por aquello de la inoperatividad de la prohibición legal), ello no significaba que lo hubiere sido de manera forzosamente positiva, desde luego. Si las pruebas testimoniales aportadas no lograban satisfacer los extremos por demostrar, la causa debía rechazarse. Que un planteo de defensa por prescripción adquisitiva pueda resolverse con exclusividad en base a la prueba testimonial, no significa que el planteo vaya a progresar. Se valorará positivamente a la prueba testimonial y en base a ella habrá de decidirse, a favor o en contra, va de suyo. Lo que la ley quiere significar con su expresa permisibilidad en tal supuesto es que, cuando se realiza un

planteo de este tipo por vía de defensa, “se le va a permitir al juez decidir la cuestión de fondo en base solamente exclusivamente a la prueba testimonial” aun sin que existan otros elementos de mérito, cuestión vedada para este cuando la usucapión es opuesta por vía de acción.

Si un planteo de prescripción adquisitiva por vía de acción tiene lugar y solamente se ofreciera prueba testimonial en su apoyo, el juez estará obligado, por ley, a decidir y rechazar la cuestión por este mismo hecho. Se da en el caso un supuesto de déficit de “admisibilidad” de la causa, una suerte de improponibilidad. No se trata de una némesis del Poder Judicial hacia el usucapiente, en su caso, sino de la lectura de una realidad legalmente discernida. Una causa por usucapión —por vía de acción— basada exclusivamente en la prueba testimonial, no debe siquiera ingresar en el estudio o análisis de dicha prueba. El magistrado debe rechazarla por inadmisibile o improponible, al violentar la letra expresa del inc. c) del apartado 24 de la ley 14.159. Al juez, no habrá entonces siquiera de interesarle lo que los testigos afirman. Si la testimonial fue la única prueba ofrecida, la causa debe ser rechazada. Es lo que afirma la letra expresa de la norma.

Y a contrario sensu, entonces, lo que la ley quiere decirnos en estos casos es que, si las testimoniales tienen lugar (como prueba única) en un proceso donde la prescripción adquisitiva ha resultado opuesta por vía de defensa (no como acción) y resultan elocuentes, creíbles e indubitadas, la defensa podrá proceder basada con exclusividad en la testimonial. En este caso el juez no puede, debe abocarse a su estudio y análisis, y con base en ella —exclusivamente— resolver el fondo.

En el presente caso, ya *infra* lo veremos, al observarse que la testimonial era insuficiente, se debió haber aclarado tan cuestión, dejar a salvo su inatendibilidad, e ingresar en el análisis de los restantes medios probatorios, sin necesidad de afirmar bajo perspectiva alguna que esta “debía” resultar ser corroborada por otras pruebas, pues ello resulta una afirmación válida para cuando la usucapión es opuesta por vía de acción, pero jamás cuando lo es como defensa.

Como bien dijimos ya, existen numerosos casos en los cuales los testimonios no resultan suficientes como para avalar sus propios contenidos, ora por complacencia o insuficiencia, ora por resultar manifiestamente favorecedores de la postura de la parte a la cual responden. De aquí que, cuando la prescripción adquisitiva resulta opuesta por vía de acción (no como defensa, tal cual el caso que analizamos acá), forzosamente la testimonial deba verse apoyada por el resto del conglomerado probatorio. Si no halla sustento en él, carecerá de atendibilidad (art. 24 inc. c) ley 14.159). Ahora bien, como vimos, si no existen otros elementos de mérito ofrecidos en tal caso (además de la testimonial), la causa debe ser rechazada por inadmisibles o improponible.

Por lo dicho consideramos que el Superior Tribunal, previo a resolver, en lugar de efectuar afirmaciones como las aquí criticadas, debió otear una a una las declaraciones de los testigos y escudriñar, ora en su contenido, ora en la relación que unía al testigo con la parte oferente, a los efectos de determinar y declarar su inatendibilidad como elemento de mérito, resaltando su complacencia, direccionamiento o falacidad, lo que sellaba su suerte definitiva como prueba.

Habida cuenta de ello, y atento a la exclusión del conglomerado probatorio eficiente a los fines de resolver la causa de la testimonial, solamente correspondía dirigir la atención de parte del órgano decisor hacia los demás elementos de prueba obrantes en autos, como ya anticipamos. Si estos alcanzaban a los fines de solidificar la postura del usucapiente excepcionante, podría receptar favorablemente la defensa por prescripción adquisitiva, si no, resultaba operativa la regla que ordena el rechazo de los planteos por usucapición que no logren satisfacerse a sí mismos, atento al orden público involucrado y a las reglas procesales del *onus probandi* imperantes en la materia, que en definitiva es lo que terminara ocurriendo.

De haber obrado así, no hubiera resultado necesario el afirmar que la testimonial “debía resultar corroborada” por otros medios de prueba pues, como vimos, en el supuesto de hecho del caso, “ese deber ser” que se constata cuando la usucapición es opuesta por vía de acción, no se verificaba.

Cuidado, entendemos perfectamente la cadencia de los actos y la manera en cómo se fueron sucediendo los hechos para desembocar en aquella no querida afirmación. A cualquier juez, cuando observa una prueba insuficiente o ineficaz, le puede tentar el afirmar que “debía ser corroborada por otras”. El problema pasa porque en este caso, la prueba testimonial cuenta con un tratamiento “legal y especialmente definido”. Acá la norma orienta hacia que la prueba pudo ser rechazada de plano como prueba “atendible”, pero jamás bajo punto de vista alguno afirmarse que esta “debía” ser corroborada pues, la testimonial, en causas como la usucapición, cuenta con un tratamiento especial, tanto legal como jurisprudencialmente concedido, a lo largo de los años, a través de inveterados fallos que vienen sosteniendo ese “deber” tan solo cuando la usucapición es opuesta por vía de acción, jamás cuando tiene lugar por vía de defensa.

En el proloquio, la testimonial fue considerada como un elemento de mérito más, y en el caso, como vimos, no lo es. De aquí que se hubiera podido comprender de cualquier otra prueba que la sentenciante hubiera afirmado que esta “debía” ser corroborada por otros elementos. Pero esta afirmación no cabía con respecto a la prueba testimonial.

En casos de oposición de la usucapición por vía de defensa, la testimonial puede traccionar sola y aisladamente el rechazo de la reivindicación del *verus* y el progreso de la excepción. Si es por vía de acción, jamás. Ahí sí, necesitará de la “necesaria y forzosa apoyatura y corroboración en los demás elementos de mérito”, y los cuales “deben de existir”; si no, tal cual vimos, la prueba testimonial no debe ni siquiera ser analizada por el juez, incurriendo el oponente de la usucapición en un déficit de admisibilidad de su causa, al intentar sustentarla “con exclusividad” en una prueba vedada de actuar en soledad.

A modo de epítome de este punto, habiéndonos referido a cada una de las pruebas de las que intentaron valerse las partes, nos parece verdaderamente importante finalizar la tarea, refrendando parte de lo dicho, y relacionando la tarea probatoria a desplegarse con uno de los efectos esenciales buscados por ella: la efectiva demostración de la posesión. No de una mera ocupación. Posesión. Y aquí vamos con el paso

siguiente: y no de una mera posesión, sino de una posesión con *animus rem sibi habendi*. La posesión para usucapir.

Nos hallamos convencidos de que, si bien la posesión propiamente dicha puede ser vista como única, reviste ciertas características que le hacen admitir una dualidad, muy especialmente advertida en nuestra materia.

Esta dualidad se halla directamente emparentada con la relación titular registral - usucapiente siempre presente en la prescripción adquisitiva.

Si venimos de dejar bien en claro —entendemos— que por el juego de cargas procesales y presunciones legales la postura y situación de uno y otro no resultan idénticas en ciernes, tampoco tendremos un motivo muy sustentable como para considerar que, como consecuencia de ello, la posesión, o determinación de la posesión, estando del lado de uno u otro habrá de ser la misma. Una cosa habrá de estar ligada a la otra.

Por esto, entendemos que posesión para mantener, jamás habrá de ser lo mismo que posesión para adquirir. La primera es la posesión del dueño, que nada debe probar, que tiene título inscripto, que frente a la sociedad toda es quien detenta el dominio. Se trata de una posesión presumida, dada por hecho, clásica, básica, pura y simple. Algo que no precisa ser revalidado de forma permanente, y muchas veces, ni siquiera de manera aislada tampoco. El dueño puede estar o no en su cosa, o con su cosa. Su título —y la ley— lo avalan, lo acompañan, lo protegen. Y esa protección se extiende mínimamente por espacio de veinte años (decimos mínimamente por el simple hecho de que, si nadie se lo disputa jamás, resulta absolutamente operativa la regla de que su dominio es absoluto y perpetuo, por los siglos de los siglos, *¿Se entiende?, imaginamos que sí*).

La posesión para mantener, entonces, podría implicar “estar”, sí, aunque de hecho pueda no estarse. Y la ley cubre, entiende, justifica a quien siendo dueño opte por ese “no estar”. Tiene un título, y lo protege. A la larga, se trata de la posesión del dueño, quien figura como tal en los registros. Con eso debería bastar, y sobrar.

Ahora bien, en contraposición con esta, en la vereda de enfrente, hallamos a la posesión de quien está “de prestado” —disculpando el término— en un predio, de quien se halla en una propiedad ajena, y quien conoce perfectamente su situación personal y particular, y la del inmueble. Esta no podría ser jamás equiparada a la anteriormente descripta.

El pretense usucapiente cuenta con la posibilidad, lógicamente, si así lo quisiera, de comportarse como un mero ocupante (o como un *verus*, en el sentido pasivo antes descripto), eso sí, a la hora de deber demostrar los extremos legales ante un juez y terceros en el futuro, a los fines de intentar desbancar al derecho del titular, se verá en figurillas.

De aquí que consideramos que la posesión del usucapiente, al contrario de lo que venimos de decir y ponderar con relación a la del *verus*, debe ser una posesión activa, en permanente movimiento, con una continuidad acreditable, es la posesión que lleva ínsito el ánimo de tener la cosa para sí (*rem sibi habendi*), pero cuidado: ¡de parte de quien no tiene aún la titularidad de esa cosa! Debe tratarse de la posesión de quien se comporta a través de actos con una ostensible oponibilidad frente a los terceros, que no abandona, que está presente, que no es irregular, sino que mantiene una línea de conducta definida. Es una posesión mostrada y demostrable. La posesión “ostensible” del Cód. Civ. y Com. (9).

La del usucapiente es una posesión útil. Una posesión que va a dar cuentas a diario, o al menos periódicamente, con actos inequívocos, de que ese predio se mantiene, cambia, avanza, se modifica, se transforma. Por eso decimos que es una posesión activa. Es una posesión que va a tener que rendir cuentas de sí misma en el futuro. Un examen que en algún momento el interesado deberá rendir, cuando llegue su hora. Ora apremiado por las circunstancias si resulta demandado por reivindicación por el *verus*, ora un poco más relajado si cuenta con la oportunidad de promover la acción declarativa por prescripción adquisitiva del derecho real, a su debido tiempo.

(9) Art. 1900 Cód. Civ. y Com.

Esta es, entonces, la posesión que va a ir llevando al usucapiente a lograr su cometido. Lo empuja, lo inspira. Ver crecer al predio (en el sentido de mejoramiento), con el avance de su obrar activo, con el pasto cortado, alambrado, prolijo, plantado, cercado, sembrado, cosechado. Es una posesión que inspira, incluso al propio interesado. Esa es la posesión que habrá de ser observada por terceros, que podrán brindar su testimonio luego, favoreciendo al poseedor, si resultare necesario.

De aquí que nos hallemos convencidos de que la posesión del dueño (quien puede válidamente tener a su predio cuasi abandonado a su suerte durante años, por el solo hecho de tratarse de su titular), y la del usucapiente no son las mismas, no cuentan con las mismas características. Uno no precisa demostrar nada, el otro, todo.

De aquí que consideramos que, en el presente caso, el usucapiente ha confundido su rol y status. Se ha considerado “dueño” antes de serlo. Y para serlo, hay que trabajar, conforme lo venimos sosteniendo. Un comportamiento que se observa con mucha frecuencia, por otro lado, y con resultados adversos como el aquí acontecido, también, lógicamente.

En este caso, el demandado ha intentado prevalerse de la posesión de un dueño, tal y como si lo fuera. Ha dejado de lado y olvidado que su quehacer posesorio era diferente, distinto al de aquel. Él debió haber hecho uso del predio, someterlo con el paso de los años, hacerlo que le sirva, y a la vez servirlo. Colocarle animales para que pasten, renovar los alambrados, cortar el pasto, parquizarlo, plantarlo, sembrarlo, o lo que hubiere correspondido conforme a su naturaleza de predio rústico.

Hacer, debió hacer, tal como manda y reclama la posesión activa del usucapiente, conforme venimos pregonando. No lo hizo. De aquí el resultado arribado, correctamente decidido por el Superior Tribunal de Corrientes.

Nos parecía importante el efectuar esta diferenciación a modo de advertir y poner de realce el resultado al que se arriba en esta causa. La mera ocupación (en caso de existir), jamás habrá de brindarnos resultados diferentes a lo

largo de los años. El solo “estar” no basta para saciar a la ley, y quebrar esa excepcionalidad dura y exigente que debe franquear todo planteo de usucapición, frente al derecho reconocido del *verus*.

III. A modo de excursio: ¿qué alcance tiene que el actual Cód. Civ. y Com. presuma (art. 1911) la posesión por sobre la tenencia del ocupante actual? ¿Cambia en algo las cosas? ¿Realmente presume la posesión el nuevo Código, o nos obliga a revisar bien al caso antes de elaborar conclusiones apresuradas?

Con relación al tema, diremos que un apartado en el aún —mal— llamado “nuevo” Digesto de Fondo, a pesar de que cuenta ya con casi siete años de vigencia (10), a primera vista pareciera haber pretendido “mudar” una de esas pocas reglas claras y rígidas a las que hacíamos referencia al inicio de este trabajo. Eso a simple vista. Ahora, ¿es *verdaderamente así*? Veremos que no.

Su predecesor Velezano, sentaba una regla: la ocupación, la detentación de una cosa, era meramente eso, solo “tenencia” como se la conocía en sus líneas. A la posesión, en caso de existir, había que demostrarla. Debía configurarse una verdadera intención de someter a la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, a los fines de ser considerado “poseedor” de una cosa. La norma no presumía, ni por asomo, livianamente la posesión a favor de alguien. Si alguien “estaba” en un inmueble era un mero tenedor, solo eso, y no otra cosa.

Ahora bien, hoy, el Cód. Civ. y Com., pareciera sentar en su apart. 1911 una regla que vendría a amenazar —como dijimos— con alterar el orden que nos traía el anterior conglomerado normativo. Pero ello, ¿es *realmente así*?

Como primera medida, tal y como corresponde al analizar una norma, debemos compulsar lo que nos dice la letra de esta en la parte pertinente: “Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa”.

(10) El Cód. Civ. y Com., ley 26.994, rige desde el 01/08/2015.

De una simple, llana y liviana lectura, advertimos la respuesta negativa a nuestra pregunta. Ello no es así. A nuestro modo de ver, nada ha cambiado, desde Vélez hasta acá. Solamente se han alterado algunos términos, a los fines de *¿clarificar?* Algunas cuestiones. Solo eso.

¿Cuál es la razón por la que afirmamos esto con tanta seguridad?

Por la sencilla razón de que de la atenta lectura surgen inequívocamente los elementos que nos brindan la respuesta y el sustento para afirmarlo. Solo eso. El actual Digesto presume condicionadamente la posesión. No la presume “alegremente” como diría doña Rosa. Mucho menos, gratuitamente. No efectúa una “liviana” afirmación.

Vale con esto decir que, en definitiva, nada, o muy poco, ha variado en cuanto a las circunstancias de valoración de tiempo pasado al actual, en cuanto a considerar la situación particular del ocupante de una cosa —propia o ajena— y su eventual rol o *status* de tenedor o poseedor.

El Cód. Civ. y Com. dice que es presumido poseedor, a través de una presunción *iuris tantum*, es decir que va a admitir prueba en contra, quien “ejerce un poder de hecho sobre una cosa”, es decir, que para ser presumido poseedor (hoy), debo tener un comportamiento similar al que exigía el Digesto Velezano para serlo, con relación a la cosa, conforme *supra* mencionáramos.

Decimos esto pues la presunción de ser poseedor no opera de manera “automática”. El Código en momento alguno afirma “quien se encuentre en contacto con una cosa será presumido poseedor”. Nada más alejado de ello. El *status* de poseedor conforme expresa la norma, es una “calidad jurídica” que para ser “presumida” se halla sometida a una condición (de tipo suspensiva, no resolutoria), una condición que, como tal, debe tornarse operativa para dar paso y habilitar a la presunción legal (no siendo esto más que una aplicación literal de lo afirmado por la norma del 1911): si hay un poder de hecho ejercido sobre una cosa, habrá presunción legal de posesión. Caso contrario, la regla seguirá siendo la de antaño —la simple tenencia de Vélez— atento al *ubi lex non distinguit, non*

distinguere debemus, a contrario sensu, pues en este caso deberemos distinguir, donde la ley lo hace. Si no existe ese “poder de hecho” sobre la cosa, no habrá posesión.

Para ser presumido —hoy— poseedor, no basta con estar en contacto con la cosa. No nos confundamos ni engañemos. No es eso lo que dice la ley. La regla de antaño y actual entonces, resultan coincidentes: “si no se logra demostrar que se ejerce un poder de hecho sobre una cosa, se es un mero tenedor”. Estimo por estas alturas, no resulta necesario el recordar aquello de que, “la ley dice lo que dice, y no lo que el legislador quiere que diga”.

La norma afirma —claramente, y repasando, para ir cerrando la idea, por otro lado— que será considerado poseedor “quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa”, no quien meramente la ocupa, quien de manera inerte permanece en contacto con ella. Es por ello por lo que quien no ejerce un poder de hecho sobre ella, no es presumido poseedor, ni por la norma, ni por nadie. No lo era con Vélez, ni lo es ahora con el Cód. Civ. y Com. No nos confundamos, ni mucho menos hagamos decir a la ley algo que ella no dice.

Y entonces, *¿qué significa tener el poder de hecho sobre una cosa conforme lo exige el apart. 1911, a los efectos de —recién— ser presumido poseedor?* Poder de hecho es “decidir” sobre esa cosa. Disponer de ella. Afectarla y comprometerla con el comportamiento y decisiones que se toman mientras se está en contacto con ella. Eso es tener el poder de hecho que reclama la ley. Nada más, ni nada menos, que eso.

Lo mismo que exigía, en su momento, el digesto Velezano anterior, hoy derogado.

Con lo expresado, fácil es colegir que habiendo invocado el demandado —en el caso hoy analizado— la prescripción adquisitiva por vía de defensa, y haber alegado la posesión de la porción en disputa por más de veinte años, este precisaba de una prueba concreta, precisa y elocuente que lo sindicara como alguien que ejercía un poder de hecho sobre esa cosa, liberando así la presunción legal para ser considerado “poseedor”, al tornar operativa la condición suspensiva legalmente impuesta, y que debe satisfacerse de forma previa para así serlo.

Ello, en el caso, en definitiva, jamás habría de acontecer, al no haber podido demostrar ese “ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa,” tal y como reclama el apart. 1911. No cumplió con los parámetros condicionantes a los fines de poder ser “presumido” poseedor, conforma la propia ley manda y marca, quedando así sindicado, de esa manera, en el status de un mero tenedor.

Es más, en el caso resuelto, el Superior Tribunal decidente declara que incluso ni la mera tenencia del predio había podido resultar debidamente acreditada, habida cuenta de la orfandad de elementos que arrojava el reconocimiento judicial practicado.

Como corolario de lo brevemente expuesto con relación al tema diremos que, observar con la liviandad que hoy en día algunos afirman que “el actual Código presume la posesión,” verdaderamente asusta. Se trata de un gran camelo. Por otro lado, nos parece que una afirmación así solo intenta hacer decir al Código una cosa que no dice ni afirma, con toda la gravedad que esto conlleva.

En la actualidad, para ser presumido poseedor de una cosa, previamente se debe demostrar que se ejerce un poder de hecho sobre la cosa. Esa es la premisa básica y es lo primero que debe acontecer, y lo que debe analizarse *ab initio*. Así, se habrá de tornar operativa al liberarse la condición suspensiva (demostrar que se ejerce un poder de hecho sobre la cosa) que habilita la presunción legal de ser considerado “poseedor.” Es primero demostrar que ese poder de hecho existe, para recién luego recoger el beneficio —o premio— de ser presumido poseedor, y no al revés.

En este caso, la historia “del huevo y la gallina” se presenta resuelta desde los albores con claridad meridiana: demostrando el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa, seré —como consecuencia de aquello— presumido poseedor de esta, y no a la inversa, pues la presunción tiene un condicionante suspensivo (de esos que estudiábamos cuando veíamos las “modalidades” de los actos jurídicos).

IV. Cierre. Aporte final

Siempre aguardamos, al final de un trabajo, el que fuere, que este deje algo en el lector, aunque sea una pequeña inquietud en su ánimo.

Con solo haberlo logrado, en un ápice, nos daremos por bien servidos. Hemos explorado a lo largo de estas líneas, la necesidad de acreditar, cuando el rol del invocante de los hechos intenta llevarlos a su favor, y procura avanzar sobre el derecho del *verus*.

También hemos observado cuando las circunstancias se ponen del lado de la contraria (el titular), quien válidamente puede esperar —cuasi inerte— (habiendo cumplido solo con su parte) a que sea su alter quien deba acreditar los extremos legales necesarios.

Hemos analizado el juego roles, presunciones legales y cargas procesales, y la manera como se interrelacionan dentro de esta tan especial relación titular registral-usucapiente, siempre a la luz del orden público y el derecho de propiedad, que manda a mantener —salvo prueba convincente, concreta y elocuente— al titular registral en su *status*.

Finalmente, nos hemos adentrado en el análisis de la presunción legal de posesión, previo necesario examen y constatación de la existencia de un poder de hecho real y efectivo que se ejerce sobre la cosa que se impone, habiendo dejado aclarado que este constituye un necesario primer paso a los fines de ser presumido “poseedor.” Si ello no se demuestra, la presunción legal que seguirá imperando será de la de ser un mero “tenedor,” conforme acontecía antaño también.

Como conclusión final, diremos que resulta verdaderamente importante que un Superior Tribunal, como en este caso el de la Provincia de Corrientes, haya encontrado el camino correcto, más allá de las pequeñas críticas realizadas, y haya determinado la procedencia de una acción reivindicatoria frente a un planteo por prescripción adquisitiva que no hallaba sustento alguno posible, dentro de los elementos arrimados.

Las citas efectuadas de antecedentes ya resueltos y la postura claramente asumida y definida por la Corte frente al caso a resolver nos terminan por mostrar que los Altos Tribunales siguen por el buen camino, convencidos de la plena vigencia de los principios y reglas que desde antaño se sostienen inveteradas en nuestros Poderes Judiciales, relacionados con nues-

tra materia y que estos mantienen incólume la sana costumbre de hacer justicia.

Decíamos al iniciar este trabajo, que somos muchos quienes nos dedicamos a escribir en ocasiones, y a la vez, otros tantos quienes consumimos doctrina buscando siempre hallar algo, quizás sobre un tema del cual ya pudimos haber visto muchas cosas, pero algo nuevo. El gran desafío en doctrina está, a veces, en poder realizar nuevos aportes, acercar nuevas visiones, nuevas interpretaciones, siempre dentro del marco de la ley y los parámetros que nos acercan los tribunales con el paso del tiempo, procurando no resultar reiterativos con relación a todo el gran bagaje de cuestiones ya escritas, muy valiosas, por cierto.

A través de estas líneas hemos intentado discurrir y adentrarnos en el tratamiento puntual de ciertas cuestiones que, si bien observamos a diario, lo hemos intentado hacer desde una perspectiva diferente, analizando y tratando

de extraer particularidades de ciertas pruebas que no siempre tenemos al alcance de la mano.

El tema de la posesión y su *presunción?* también nos ha parecido interesante ponerlo en el tapete y sembrar dudas, que a veces, pareciera ser la base de todo.

Esperemos haberlo logrado.

Nos quedamos con una frase del Superior Tribunal, que resume en mucho lo que este trabajo ha intentado reflejar: “la mera ocupación no implica posesión *animus domini*, por más prolongada que sea esta” (11). Sin buscarlo ni quererlo, quizás, haya reflejado de la mejor manera lo que —pensamos— en realidad, nos intenta decir el Cód. Civ. y Com. en el ya bastante remanido 1911.

(11) Acápito VII *in fine* de la sentencia analizada en este trabajo.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

DOCTRINA

El derecho del consumo en la era de la economía digital

Dinámica de los contratos electrónicos.
Armonización legislativa. Regulación nacional y regional (Mercosur). Firma electrónica vs. firma digital

Nadia Alejandra Pocius^(*)

Sumario: I. Introducción. El comercio electrónico.— II. La relación de consumo. Los contratos electrónicos y los contratos entre ausentes.— III. Fuerza obligatoria de la oferta. Efectos de la publicidad. Definiciones y alcance normativo.— IV. La protección de los/as consumidores/as y usuarios/as. Regulación nacional y regional (Mercosur).— V. El Acuerdo sobre Comercio Electrónico Mercosur. Argentina y el caso de la res. 1033/2021 de la Secretaría de Comercio Interior.— VI. Firma electrónica vs. firma digital. Seguridad en las transacciones electrónicas. La necesidad de una implementación armónica entre organismos.— VII. La protección de datos personales. Los principios fundamentales de la privacidad y confidencialidad de la información.— VIII. La relación entre consumidor/a y Gobierno. El Defensor del Pueblo y una grave realidad institucional democrática.— IX. Conclusiones.— X. Bibliografía complementaria.

I. Introducción. El comercio electrónico

Los contratos electrónicos o celebrados de manera remota, son más frecuentes de lo que alguna vez la sociedad pudo imaginar. Los avances tecnológicos relacionados con el acceso a la in-

formación y comunicación han propiciado el desarrollo económico y social de una “nueva realidad” que pretende legitimar las transacciones, a la vez que proteger la dinámica de consumo, la seguridad de la información y velar por los principios de privacidad y confidencialidad de las partes contratantes.

(*) Abogada (UBA). Posgrado en Desarrollo, Políticas Públicas e Integración Regional (FLACSO). Diplomada en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (ESEADE). Designada Oficial de Registro (OR) (2018) Firma Digital (AC-ONTI). Diplomada en Gestión Legislativa del Instituto de Capacitación Parlamentaria (HCDN) con actualización académica en Contratos Electrónicos, Contratos Inteligentes, Blockchain, Protección de Datos Personales, Seguridad Bancaria y Financiera, Leyes y Normas BCRA. En funciones como asesora legal en la Dirección General de Informática y Sistemas (HCDN).

Distintos modelos de contratación han redefinido conceptos tendientes a optimizar la dinámica del consumo de bienes y servicios. Tanto en lo que respecta a los sujetos intervinientes, como el modo en que se llevan adelante las transacciones comerciales, sus alcances, limitaciones, y por lo tanto la legitimidad de los actos que vinculan a las partes contratantes.

En el aspecto que nos convoca, cada día resulta más frecuente mencionar el término “economía digital” acuñado por Tapscott en su obra *Economía digital: promesa y peligro en la Era de la Inteligencia en redes* (1). En su obra, el autor se refiere a ella como una práctica con características “pro consumidor” de acuerdo con la manera en que se relacionan los clientes con los productores/proveedores de bienes y servicios. Sin embargo, lo hace sin soslayar las dificultades existentes en cuanto a la armonización normativa, la brecha de acceso a la información y/o el alcance de las nuevas tecnologías, como así a la validez legal de los instrumentos utilizados en las transacciones.

Sabemos que hoy el acceso a internet, incluso a través de cualquier dispositivo móvil, es suficiente para satisfacer necesidades de manera remota, mediata, sin requerir la presencia física de las partes. En cualquier momento y lugar los/las consumidores/as pueden acceder a múltiples variables de acuerdo con sus pretensiones, con una sorprendente inmediatez. Las diferentes herramientas utilizadas por los canales digitales de comercialización posicionan al “comercio electrónico” (en idioma inglés: *e-commerce*) tanto nacional como global, en lo más alto de la pirámide de intercambio de bienes y servicios.

Sin duda, estamos frente a una digitalización extrema del mercado, una transformación de los consumidores/as y usuarios/as, en sus hábitos y costumbres, con particularidades propias en las distintas relaciones de consumo que se establecen y que nos proponemos abordar en el transcurso de los diferentes apartados.

En un contexto sanitario de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, sin duda el comercio electrónico ha sido en el 2020 la alternativa de los/as usuarios/as y consumidores/as para la adquisición de bienes y servicios de manera “segura” y en la comodidad de su hogar. Ello ha llevado a las empresas a diversificar sus canales de venta, a facilitar el contacto remoto, los envíos a domicilio por encima de los retiros en tiendas o comercios. Surgen así diversos modos de pago electrónico desplazando al uso del efectivo (moneda papel) sirviéndose de billeteras virtuales, trans-

ferencias, plataformas al efecto, y por supuesto tarjetas de crédito y/o débito, una situación que se replicó durante este 2021 en una multiplicidad de nuevas herramientas tecnológicas.

La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) (2) en sus estadísticas anuales y distintos estudios de relevamiento, utiliza el término mencionado y arroja cifras significativas, como lo es el crecimiento anual en un 124% de la facturación del comercio electrónico en Argentina durante el año 2020.

El comercio electrónico es nada más que un reflejo de la sociedad de consumo de la cual formamos parte y en la que el consumidor/usuario resulta ser el partícipe necesario, de hábitos y tendencias que inciden, de modo determinante, en el verdadero desarrollo económico de su entorno. Los desafíos de un mundo globalizado, de las consecuencias de atravesar una crisis pandémica, ha impulsado la interacción comercial de un modo diferente, con un crecimiento exponencial de las contrataciones electrónicas, remotas, no presenciales, con todas sus particularidades e incidencias que merecen prestemos debida atención.

Según recientes índices publicados por el diario digital *El economista* (3) las cifras son sorprendentes, basta unas líneas de la nota referenciada para obtener un panorama de la temática que nos convoca: “El comercio electrónico creció 39% en Argentina entre el 2020 y lo que va del 2021. Se espera que hacia 2025 se incremente 56% y represente un tercio del crecimiento total de las ventas en *retail* del país”.

Asimismo, trámites de carácter oficial, financiero y/o de la administración pública en diver-

(2) La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) es una asociación civil sin fines de lucro, cuyos propósitos y objetivos se encuentran contenidos en su Estatuto Constitutivo. Una de sus principales herramientas de consulta, es el Estudio Anual de Comercio Electrónico para conocer y comprender la situación del e-Commerce (Comercio Electrónico) en la Argentina, con estadísticas que podemos encontrar disponibles en su sitio web: <https://www.cace.org.ar/estadisticas>.

(3) “Estiman que el comercio electrónico crecerá 56% en Argentina”, Diario El Economista, 03/09/2021, recuperado de: <https://eleconomista.com.ar/negocios/estiman-comercio-electronico-crecera-56-argentina-n45977>

sos ámbitos (judicial, administrativo, registral, etc.) ya sea local, provincial o nacional han actualizado sus sistemas de requerimiento y gestión en línea.

Surgen esos conceptos impensados, la noción de “trabajo en casa” (*home office*), trámites a distancia, nuevas tecnologías de la información y comunicación [TICS (4)], cadena de bloques (5) (*blockchain*), contratos inteligentes, contratos electrónicos, entre otros que incluso se trabaja por perfeccionar. Sin embargo, varios de estos conceptos y/o términos específicos no se encuentran aún regulados taxativamente en nuestra legislación nacional, como tampoco en la de los estados miembros del bloque regional (Mercosur) lo que nos llevará a consultar y valernos de otros documentos específicos, directivas y/o recomendaciones de carácter nacional o internacional [como es el caso de la directiva 200/31/CE (6)], resoluciones, acuerdos y/o convenios suscriptos entre organismos y/o entidades públicas de carácter oficial, para dar sustento a la aplicación de principios generales protectorios de los derechos de los/as consumidores/as y usuarios/as.

Lo cierto a este punto de nuestra introducción es reconocer que existe una criticidad inadverti-

(4) Definición. “TIC: Conjunto de recursos necesarios para tratar información a través de ordenadores y dispositivos electrónicos, aplicaciones informáticas y redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla y transmitirla. A nivel de usuario, sea individual o empresa, las TIC forman el conjunto de herramientas tecnológicas que permiten un mejor acceso y clasificación de la información como medio tecnológico para el desarrollo de su actividad”. Definición disponible en: <https://economiat.com/concepto-de-tic/>.

(5) GÁMEZ GUTIÉRREZ, Ana María, “Blockchain y la justicia”, *Novedades Legaltech*, Portal jurídico de Thomson Reuters, 2021.

(6) La directiva 2000/31/CE conocida como “Directiva sobre el Comercio electrónico”, generada por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros, relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, aborda en particular cuestiones relativas al comercio electrónico en el mercado interno, estableciendo pautas de conducta, con el objetivo que los Estados miembro adecuaran su legislación (disposiciones legales, reglamentarias y administrativas) a la directiva comunitaria, tratándose en sí de recomendaciones para lo que supone ser una correcta práctica en las negociaciones de ésta era digital. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031>.

da frente a las cuestiones del comercio electrónico o *e-commerce* que no es posible medir, ya que no se trata de una ciencia exacta.

Dentro del amplio espectro de tecnicismos electrónicos automatizados, de una conjunción de algoritmos, resulta necesario plantearnos qué sucede con nuestra información personal, cuáles son los niveles de seguridad en los sistemas con los cuáles interactuamos, como así la legitimidad de los procesos que adoptamos para las transacciones financieras o económicas del día a día, del ciudadano común, del entorno que nos pone a prueba en su multiplicidad de variables y la imperiosa necesidad de una armonización legislativa concreta y eficiente.

II. La relación de consumo. Los contratos electrónicos y los contratos entre ausentes

Es de público conocimiento que la crisis sanitaria, producto de la pandemia originada por el COVID-19, acrecentó a ritmo vertiginoso la necesidad de readaptarnos a un nuevo escenario, no solo por practicidad, comodidad o agilidad, sino por misma subsistencia de las economías internas.

Las innovaciones tecnológicas han abierto un abanico de posibilidades para satisfacer las necesidades de los/as consumidores/as y asegurar la continuidad de negocio del rubro empresario y/o comerciante a través de la economía digital. Los denominados “contratos electrónicos” han tomado así ese rol predominante en la dinámica que plasma el acuerdo entre partes, con diversas particularidades que veremos en el transcurso de este artículo.

Cabe decir que doctrinariamente se distinguen seis tipos de contratos o comercios electrónicos, definidos técnicamente y con precisión, según sujetos involucrados: [1] “negocio a negocio” (literal del *business to business* o B2B) que responde a la relación entre comerciantes (fabricante, distribuidor, proveedor, etc.); [2] “negocio a consumidor/a” (traducción del *business to consumer* o B2C) significado de relación entre comerciante a consumidores/as; [3] “negocio a gobierno” (significado del término *business to government* o B2G) negociación entre empresas y entes u organismos gubernamentales; [4] “Gobierno a consumidor/a” (traducción *government to citi-*

zen/consumer o G2C) relación establecida entre entes u organismos estatales con los/as ciudadanos/as; y las nuevas modalidades [5] “negocio a empleado/a” o B2E (del inglés *business to employee* o B2E) es la relación comercial que se establece entre una empresa y sus propios empleados, y [6] el modelo “consumidor a consumidor” (*consumer to consumer* o C2C) que supone una forma de venta entre individuos comúnmente a través de plataformas de intercambio surgidas con la aparición de las nuevas tecnologías, con la salvedad de la interpretación dentro de cada ordenamiento jurídico, puesto que en este último modelo, para la LDC quien realice ventas —aunque fueran ocasionales— será considerado vendedor/proveedor. Según el medio, todos los modelos, pueden celebrarse a través del comercio electrónico tradicional y/o comercio electrónico en Internet; y según el ámbito de aplicación, comercio electrónico nacional y/o comercio electrónico internacional.

Para comenzar, recordemos que el derecho de consumo en nuestro ordenamiento jurídico nacional, parte de la definición y el alcance de lo que se entiende como “relación de consumo” entre los/las consumidores/as y usuarios/as con el sujeto proveedor de bienes y servicios, contenidos en los arts. 1092, 1093 y 1094 del Cód. Civ. y Com. seguido de la interpretación del mismo Contrato de Consumo de acuerdo con la letra del art. 1095 del mismo ordenamiento, e incluso respaldados por las normas propias del consentimiento entre ausentes.

Según la letra misma de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), se define en su art. 3° a la relación de consumo como “...el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario...” (7) (el resaltado nos pertenece) en concordancia, adoptando definiciones y principios fundamentales, sin derogar la legislación especial vigente en la materia el Cód. Civ. y Com. ha definido al art. 1092 como “...vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u one-

rosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (8) (el resaltado nos pertenece).

Sin ánimo de detenernos en una exhaustiva comparación, nótese que el Cód. Civ. y Com. incorpora en la redacción del art. 1092 lo que la ley especial dedica en sus primeros artículos a definir “proveedor” y “consumidor”, en un fiel reflejo de tarea de redacción clara y cuyos fundamentos originales fueran la de mantener la vigencia de la ley especial, reconociendo la constante dinámica y readaptación en materia de derecho de consumo. Encontramos así lo que se ha denominado como un “núcleo duro” de tutela, que puede ser ampliado por la legislación específica, pero no limitado.

La noción de “relación de consumo” será el puntapié inicial para enmarcar el vínculo contractual, a partir de ella, comenzarán a desenvolverse las diversas actividades que propician el intercambio de bienes y servicios entre proveedores y consumidores/as o usuarios/as.

Será de nuestra especial atención la relación que se establece entre un “negocio a consumidor/a” (*business to consumer* o B2C) y posteriormente, la de “Gobierno a consumidor/a” (*government to citizen/consumer* o G2C) que nos permitirá abordar, en el apartado siguiente, otras cuestiones relacionadas con prestación de servicios entre organismos o entes gubernamentales (municipal, provincial, nacional, etc.) y el ciudadano.

Definidos los actores u sujetos de la relación de consumo, por “negocio a consumidor/a”

(8) El art. 1092 del Cód. Civ. y Comercial. “Relación de consumo. Consumidor” es el primero de los cuatro artículos que integran el Capítulo I “Relación de Consumo” del III Título “Contratos de Consumo”. Ello significó un gran avance en materia tuitiva de los derechos de los/as consumidores/as y usuarios/as, puesto que establece un mínimo legal previsto para su protección. Continuando a su vez con los Capítulos II, III y IV para “Formación del Consentimiento”; “Modalidades Especiales” y “Cláusulas Abusivas”, respectivamente.

(7) Defensa del Consumidor, ley 24.240, Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Sancionada: Setiembre 22 de 1993, Promulgada Parcialmente: octubre 13 de 1993.

(*business to consumer* o B2C) nos preguntamos ahora dónde se encuentran tipificados los “contratos electrónicos”. Para nuestra sorpresa, no se trata de una tipificación exacta, sino que debemos entenderlos primero, a partir de las menciones de existencia de un entorno remoto o virtual **(9)**, celebrados de acuerdo con la letra del Cód. Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) “fuera del establecimiento” (conf. art. 1104 Cód. Civ. y Com.) “a distancia” (conf. art. 1105 Cód. Civ. y Com.) con “utilización de medios electrónicos” (conf. art. 1106 Cód. Civ. y Com.) incluso, complejizando la cuestión de estudio, refiriendo a los celebrados “entre ausentes” (arts. 1147, 1181 y 1214 Cód. Civ. y Com.).

Podemos decir que la definición de contratos electrónicos es el resultado de la interpretación de las normas concordantes, la doctrina y la jurisprudencia. De manera simple, son “el acuerdo de voluntad cuya celebración se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos” **(10)** más ampliamente, serán “aquellos acuerdos de voluntades celebrados mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos, que, sea en su conformación, desarrollo o extinción y poseen elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado” **(11)**.

(9) El Autor Don Tapscott, en su obra “La Economía Digital: Promesa y peligro en la Era de la Inteligencia en redes”, 1995, refiere a que lo virtual no implica la no existencia, sino el uso de la red y el trabajo en la misma, mediante las tecnologías de la información y comunicación. En este orden de ideas, lo virtual implica una nueva forma de relaciones sociales, políticas y económicas, que ameritan el reconocimiento de la virtualidad y su validez legal. Sin embargo, en nuestro país, se prefiere el uso del término “remoto” y/o “telemático” para las acciones celebradas a través de medios electrónicos o distantes geográficamente (videollamadas, plataformas digitales de uso compartido y otras tecnologías).

(10) GROVER DORADO, John, 2016, p. 1, citado en Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino, Revista de Derechos Reales y Registral nro. 11, Noriega, Nina N, 2019 (octubre). Cita: IJ-DCCCLXII-715. Disponible en: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=64154e2cf2fdaafe6776c8c1b8e34dd4&hash_t=f89218ab27405b1f3c53aff8378e6dee.

(11) DE CÁRDENAS, Feldstein, 2008, p. 139, citado en la obra mencionada.

Lo cierto y común en este tipo de contratos es la inexistencia de “presencia física” de las partes contratantes al momento de perfeccionarse el consentimiento contractual, por ello es por lo que estarían comprendidos como parte del género “contratos a distancia” o “contratos entre ausentes”, con idénticas características acerca de distancia geográfica entre partes y transcurso del tiempo que media entre la oferta y la aceptación, cuestión que trataremos a continuación.

A modo de ejemplo, los casos más comunes en la práctica cotidiana habitual de las relaciones de consumo serán hoy las compras por catálogos en línea (*on line*) de sitios de venta por internet (en su más amplio espectro) que va desde las compras de supermercado, hasta incluso las contrataciones de servicios a través de formularios de adhesión (telefonía, internet, suscripciones, etc.). Correspondiendo advertir que las especificaciones contenidas en los anuncios de venta, la publicidad en los medios de comunicación, con una oferta dirigida a consumidores que resulta vinculante en los términos del art. 7° LDC, toma un rol predominante.

Sin la presencia física de las partes en el mismo tiempo y espacio, la modalidad de contratación es entonces remota, a distancia, por medios telemáticos **(12)** celebrados a través de una computadora, aplicación, dispositivos móviles o cualquier medio electrónico destinado al efecto. Incluso, la oferta y la aceptación se perfecciona a distancia y entre ausentes. La forma del consentimiento “se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación de un acuerdo” **(13)** plasmando acuerdos de voluntades sin la presencia física de las partes contratantes. La práctica por excelencia será siempre la contratación por internet, contenida en el art. 1105 del

(12) Telemático/a. f. Inform. y Telec. Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada, Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> 21 de noviembre de 2021.

(13) ANZIT GUERRERO, Ramiro - TATO, Nicolás y PROFUMO, Santiago, “El Derecho Informático. Aspectos fundamentales”, Ed. Catedra Jurídica, Buenos Aires, 2010, p. 19.

Cód. Civ. y Com. que aparece como una especie dentro del género de contratos de consumo celebrados a distancia.

Aquí es donde debemos dejar por sentado que la inmediatez de la información, la automatización de variables, la transformación digital de los sujetos intervinientes en una cadena de consumo son sin duda beneficios trascendentales, pero sin embargo traen aparejada la tarea de armonizar la normativa vigente, aplicable para su necesaria y correcta legitimación.

La dinámica propia de este tipo de acuerdo de voluntades asincrónicas, al no encontrarse las partes en el mismo “tiempo y espacio”, puede ser entendida como “contrato entre ausentes” de acuerdo con los principios contenidos en el art. 971 Cód. Civ. y Com. (Formación del consentimiento) con los requisitos consignados en el art. 972 (Oferta) en concordancia con los arts. 973 (Invitación a ofertar) y 974 (Fuerza obligatoria de la oferta) del mismo ordenamiento, que en su parte pertinente sostiene: “...Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación. Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente” (el resaltado nos pertenece).

Para algunos doctrinarios la equiparación de los contratos entre presentes a los celebrados por medios electrónicos resulta una posible solución legislativa frente al análisis de conceptos como “presencia” y/o “ausencia” de las partes, consideramos que de todos modos la aplicación debe ser armónica.

Lo cierto es que el contrato electrónico mantiene los mismos efectos que los contratos celebrados entre presentes, cuyo consentimiento del/la consumidor/a o usuario/a frente a la compraventa, contratación y/o adquisición de bienes o servicios se manifiesta a través de medios electrónicos. Sin embargo, la interpretación normativa en cuanto a su perfeccionamiento tendrá en cuenta el tiempo que presupone la interacción de las comunicaciones. Es así como se enmarcará en las reglas de los contratos entre presentes,

siempre que exista una comunicación interactiva que permita manifestar la voluntad de manera instantánea, o bien de acuerdo con las reglas de los contratos entre ausentes, para los casos en los que no existiera una comunicación interactiva instantánea.

A todo lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que la tarea de armonizar el contenido normativo y velar por el debido cumplimiento de los recaudos propios de los contratos: libertad de formas y la libertad probatoria, autonomía de la voluntad, oferta y la aceptación en la formación de los contratos, la buena fe, la responsabilidad civil, los usos y costumbres del comercio, será fundamental e indispensable para la legitimidad contractual en esta realidad digital.

III. Fuerza obligatoria de la oferta. Efectos de la publicidad. Definiciones y alcance normativo

En la práctica habitual de las contrataciones electrónicas el/la consumidor/a o usuario/a sin duda se encuentra en una posición de mayor vulnerabilidad frente al proveedor o vendedor de bienes y servicios. Con la presencia física de ambas partes, la negociación de términos y condiciones contractuales ya es un tanto complejo. Imaginemos por un momento el desafío que presenta entonces la manifestación asincrónica de las voluntades en el momento de celebrar un contrato.

En este contexto de comercio electrónico, más que habitual será encontramos frente a cláusulas contractuales predisuestas y sin posibilidad alguna de negociación por parte de los/as consumidores/as. El contrato se perfecciona con un simple “aceptar”, “confirmar”, “comprar” seleccionado a través de los dispositivos o intercambio de datos, caso contrario, no se contrata.

El “tiempo y espacio” resultan conceptos definitorios para los contratos electrónicos, resultando indispensable abordar también la noción de oferta y su fuerza vinculante, como asimismo los efectos de la Publicidad, acompañada de la premisa “lo que las partes verosíblemente pudieran comprender” (conf. art. 1108 Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, no debemos dejar de observar el rol preponderante que juega la publicidad como propuesta inicial motivante a la contratación se-

guida de una incongruencia fáctica o de resultado, que muchas veces dista de conservar con la misma oferta concreta, sin mencionar lo que sucede luego de la aceptación, a través de la cual el contratante confiere su consentimiento.

Comencemos entonces por recordar la letra del art. 974 Cód. Civ. y Com. (Fuerza obligatoria de la oferta) en su parte pertinente citada, refiere explícitamente: "...el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta..." Ello debe entenderse en razón de su carácter vinculante, pero también acompañados de principios como el de diligencia y buena fe con los que se debe obrar en la celebración de los contratos, lo que paradójicamente nos arroja un cierto grado de incertidumbre frente a un concepto tan "abierto" como es el de "razonabilidad" frente al transcurso del tiempo.

En un sentido similar, el art. 1108 Cód. Civ. y Com. consigna que "...las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario", añadiendo que "el oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación". Si lo concordamos con el art. 7° de la LDC: "La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones..." Sin duda alguna, incluso este plazo o tiempo, debe entenderse de manera inexorable con los efectos de la publicidad ya que el contenido de los anuncios realizados por el proveedor, con ánimo de atraer al consumidor potencial, se integrarán al contrato que se celebre con el consumidor, sin importar su transcripción o no en el correspondiente instrumento (14).

Asimismo, el art. 8° LDC sostiene: "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente". Podemos

afirmar entonces que las relaciones de consumo tratan una interacción constante de los conceptos de "oferta", "publicidad" y "consentimiento", donde encontramos multiplicidad de conflictos al momento de interpretar las condiciones del vínculo contractual que une a las partes. Sin embargo, frente a tantos cuestionamientos que en la vida práctica podremos realizar, si hay un principio general que debe enaltecerse, es el de "veracidad".

Con relación al párr. anterior, la ley 22.802 de Defensa de la Competencia incluso ha aportado en su capítulo III, integrado por los arts. 9° y 10 (15), cuestiones relacionadas con publicidad y premios, prohibiendo la publicidad o propaganda inexacta o con precaria información que pudiera inducir al error, engaño o confusión por parte de los/as consumidores/as.

Nuevamente ahora, la letra del art. 1108 resultando más que clara consigna: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de

(15) Ley 22.802 de Defensa de la Competencia, Título III. "De la publicidad y promoción mediante premios" Artículo 9° - Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios. Artículo 9° bis - En todos aquellos casos en los que surgieran del monto total a pagar diferencias menores a cinco centavos y fuera imposible la devolución del vuelto correspondiente, la diferencia será siempre a favor del consumidor. En todo establecimiento en donde se efectúen cobros por bienes o servicios será obligatoria la exhibición de lo dispuesto en el párrafo precedente, a través de carteles o publicaciones permanentes, cuyas medidas no serán inferiores a 15 cm por 21 cm. (artículo sustituido por art. 1° de la ley 26.179, BO 20/12/2006). Artículo 10° - Queda prohibido: a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio. c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere.

(14) WAJNTRAUB, Javier H., "Protección Jurídica del Consumidor", LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004.

buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímelmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”, posicionando a los/as consumidores/as y usuarios/as como un sujeto que confiere su consentimiento frente a una propuesta que comprende dentro de sus facultades. En palabras de Lorenzetti, “en materia de interpretación del mensaje publicitario, no interesa la intención del autor, como en los contratos, sino la interpretación que le da el consumidor medio. Se aplica una interpretación global, indivisible, salvo en aquellos casos en que hay una parte llamativa o captatoria, cuyo principal sentido es captar la atención del público” (16). Lo que sucede en el marco del derecho del consumo, es que si se prescinde de elementos referidos a las condiciones de contratación (alcances, limitaciones, plazos, etc.) habrá oferta y contrato con un incumplimiento al art. 4° LDC ante la falta del deber de información.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí en este apartado, tenemos una oferta dirigida a un particular y/o a “potenciales indeterminados” a la espera de la aceptación, como así una publicidad a consumidores potenciales, a través de distintos medios, que integrará la oferta misma obligando al emisor del anuncio. En cuanto al plazo y modalidad de la aceptación, prevalece un debate sostenido y confuso. El cual debemos resolver a través de los principios generales como el de “razonabilidad” y, por supuesto, “en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor” de acuerdo con el art. 3 LDC, concordante con el art. 1094 Cód. Civ. y Com. y la premisa de que, la oferta dirigida a consumidores/as es vinculante en todos sus términos conforme al art. 7° LDC.

IV. La protección de los/as consumidores/as y usuarios/as. Regulación nacional y regional (Mercosur)

En líneas de lo mencionado precedentemente, se han dictado medidas específicas por parte de diferentes organismos de control administrativo, que coadyuvan al desenvolvimiento de los contratos electrónicos, donde con mayor o menor inmediatez, las partes no se encuentran presencialmente en el mismo tiempo y espacio.

(16) LORENZETTI, R. L., “Consumidores”, ob. cit., p. 159.

A modo de ejemplo, el Banco Central de la República Argentina ejerce control sobre las operaciones de venta a crédito (por LDC art. 36, dec. 142.277/1943 (17), y leyes 22.315 y 23.270) o la Inspección General de Justicia (IGJ) para los Contratos de Ahorro Previo cuya reciente RG 40/2020 (18) establece pautas para el proceso de comercialización a distancia, debiendo solicitar periódicamente a las entidades información cuantitativa y de los costos de su efectiva utilización.

El Grupo como el Consejo del Mercado Común ha adoptado reglas comunes sobre derecho aplicable en la materia a través de diversas decisiones y resoluciones que fueran incorporadas al reglamento jurídico interno de cada Estado Parte. Estas (cronológicamente) resultan: a) MERCOSUR/GMC/RES. N° 42/98 Defensa del Consumidor - Garantía Contractual; b) MERCOSUR/GMC/RES. N° 21/04 Derecho a la Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales efectuadas a través de Internet; c) MERCOSUR/GMC/RES. N° 45/06. Defensa del Consumidor - Publicidad Engañosa; d) MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/07 Política de Promoción y Cooperación en Producción de Consumo Sostenibles en el Mercosur; e) MERCOSUR/GMC/RES N° 36/2017 Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales de Consumo; f) MERCOSUR/GMC/RES N° 17/2019 Desarrollo y Con-

(17) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Dirección de Justicia, dec. 142.277/1943. Se aprueba reglamentación para las empresas de capitalización y ahorro, no comprendidas en las disposiciones de la ley 12.156. 08/02/1943.

(18) Inspección General de Justicia a través de la RG 40/2020, RESOG-2020-40-APN-IGJ#MJ Ciudad de Buenos Aires, 08/09/2020. En sus vistos, toma cuenta de: “La regulación de los sistemas de ahorro para fines determinados bajo la modalidad de planes de ahorro previo por círculos o grupos cerrados para la adjudicación directa de bienes muebles; contemplados en la ley general 11.672 de Presupuesto (texto ordenado del año 2014 aprobado por dec. 740/2014, art. 174), el dec. 142.277/1943, la ley 22.315, orgánica de esta Inspección General de Justicia (art. 9 y ccds.) y su decreto reglamentario 1493/1982 (art. 29), la Resolución General IGJ 8/2015, las Condiciones Generales de los contratos de las entidades de capitalización y ahorro...” advierte la normativa RG IGJ 14/2020 y su modificatoria RG IGJ 38/2020, y pasa a establecer en su parte resolutive su competencia directa de control dentro del marco de delegación de facultades en el Poder Ejecutivo, tiene por finalidad la reactivación de la actividad productiva.

vergencia de Plataformas Digitales para la Solución de Conflictos de Consumo en los Estados Partes y g) MERCOSUR/GMC/RES. 37/2019 Defensa del Consumidor - Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico, entra las cuales, se encuentra la MERCOSUR/GMC/RES. 36/2019 Defensa del Consumidor - Principios Fundamentales.

Resulta oportuno recordar que los principios tuitivos del consumidor fueron oportunamente esbozados con mayor precisión y minuciosidad a nivel nacional, tal es el caso del “principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja” abordado a través de la res. 139/2020 (19).

En este sentido, la armonización legislativa contemporánea (20), contribuye al desarrollo del comercio internacional, trasladando también principios protectorios a nivel local. Tal es así, que la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, autoridad de aplicación nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el inc. a) del art. 43 de la ley 24.240, ha incorporado al ordenamiento jurídico la res. 36/19 del Grupo de Mercado Común del Mercado Común del Sur (Mercosur) a través de la res. 310/2020 (21) estableciendo catorce [14] principios fundamentales para actualizar los sistemas de protección al consumidor de los Estados y la res. 37/2019 del mismo Grupo, mediante la res. 270/2020 (22) que aborda propiamente la protección al consumidor en el comercio electrónico, estableciendo obligación de adoptar mecanismos de resolución de controversias en línea

ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo, como la obligación de garantizar a los consumidores, durante todo el proceso de la transacción, el derecho a información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor, el producto y/o servicio y la transacción realizada.

Específicamente, la res. 270/2020 tiene por fundamentos el art. 42 de la CN, que establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, y que es deber de las autoridades proveer a la protección de esos derechos, y el art. 4° de la ley 24.240 que dispone la obligación al proveedor de 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, estableciendo un marco de información necesaria que el proveedor de bienes y servicios debe otorgar al consumidor a los fines de que este último pueda adoptar una decisión libre y debidamente fundada.

Cronológicamente, a nivel nacional, hemos visto que la tutela de los derechos de consumo en el ámbito digital se ha ido perfeccionando a través del tiempo. Ejemplo de ello también es la res. 271/2020 que establece la obligación por parte de los proveedores de publicar los ejemplares de los contratos de adhesión en sus páginas de internet y de incorporar el “botón de baja” con el fin de posibilitar la rescisión de los contratos celebrados en el entorno digital.

Mientras que la res. 424/2020 dispone la obligación, también por parte de los proveedores, de tener publicado en sus sitios web el link denominado “botón de arrepentimiento” para solicitar la revocación de la aceptación del servicio contratado y/o producto adquirido y la res. 1033/2021 que se vale de un Anexo reconoció los “Parámetros Mínimos Obligatorios de Calidad para los Servicios de Atención y Comunicación a Distancia”.

Existe también un acompañamiento a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para los Contratos de Consumo celebrados por internet, como de la Agencia de Protección de Datos Personales para las transacciones en línea (*on line*) o a través de internet,

(19) Res. 139/2020. Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Boletín Oficial de la República Argentina. Legislación y Avisos Oficiales. Primera Sección. Ciudad de Buenos Aires. 27/05/2020.

(20) POCIUS, Nadia Alejandra, “Los estándares internacionales y los principios protectorios del Derecho del Consumidor en el Mercosur”, *elDial.com* - DC2C3C, 02/10/2020.

(21) Res. 310/2020, Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Boletín Oficial de la República Argentina. Legislación y Avisos Oficiales. Primera Sección. Ciudad de Buenos Aires, 10/09/2020.

(22) Res. 270/2020, Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Boletín Oficial de la República Argentina. Legislación y Avisos Oficiales. Primera Sección. Ciudad de Buenos Aires, 08/09/2020.

cuestión que en específico abordaremos en otro apartado.

Recientemente, celebramos que el bloque regional Mercosur ha dictado el Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur MERCOSUR/CMC/DEC N° 15/2020, sin embargo, no hemos alcanzado aún el nivel de especificidad con el que ha trabajado la Unión Europea, que desde los años '80 cuenta con una regulación autónoma en materia de contratos celebrados por consumidores e incluso ha emitido la directiva sobre el comercio electrónico, o incluso la Ley Modelo de Comercio Electrónico sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Acuerdo de Comercio Electrónico del Mercosur, dictado a través del procedimiento de excepción (en razón de la pandemia) cuenta con disposiciones sobre autenticación electrónica, firmas electrónicas avanzadas y firmas digitales, protección de datos personales y transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos, protección de datos personales, localización de instalaciones informáticas, protección al consumidor en línea, acceso y uso de internet, entre otras. Si bien resulta un gran avance en la materia, puesto que reconoce la necesidad de establecer un marco jurídico común para propiciar el desarrollo del comercio de bienes y servicios, a través de medios electrónicos entre los países del bloque, hemos encontrado algunas inconsistencias para con nuestro ordenamiento nacional que analizaremos en el apartado siguiente.

Todas estas iniciativas sin duda acompañan el crecimiento de un mercado tecnológico en el cual los/las consumidores/as son el eslabón indispensable para el desarrollo económico local y regional, convirtiéndose en un “consumidor digital” que activa las cadenas de producción. Los contratos electrónicos, si bien se encuentran hoy en la práctica efectiva, mayormente a nivel nacional en lo que denominamos “contratos de adhesión”, con una oferta estipulada y formato preexistente, no cabe duda de que ello irá blandiéndose con el transcurso del tiempo, por lo que debemos estar atentos en la dinámica cambiante del mercado y regulación normativa.

La tutela de los derechos de los/as consumidores/as y usuarios/as debe fortalecerse a la luz de los contratos celebrados en un entorno telemático. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) menciona con énfasis, la necesidad de abordar los temas de seguridad, privacidad, protección de datos y protección al consumidor por parte de las autoridades de regulación. Debiendo aplicar directrices y normas que alienten un entorno digital seguro y confiable.

V. El Acuerdo sobre Comercio Electrónico Mercosur. Argentina y el caso de la res. 1033/2021 de la Secretaría de Comercio Interior

Para nuestra grata sorpresa, los representantes permanentes del Mercosur, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay y nuestro país suscribieron a través del procedimiento de excepción (a razón de la crisis sanitaria) el *Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur, Decisión 15/2020 (23)*. Este versa sobre disposiciones sobre autenticación electrónica, firmas electrónicas avanzadas o firmas digitales, protección de datos personales y transferencia transfronteriza de la información, como complemento a la iniciativa de Mercosur Digital (24), al Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur.

El comunicado de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (25) menciona que el texto originario habría sido acordado en la Reunión del Consejo del Mercado Común, el 15 de diciembre de 2020, pero no pudo ser suscripto en dicha oca-

(23) Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur, MERCOSUR/CMC/DEC N° 15/20, disponible en: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/82753_DEC_015-2020_ES_Acuerdo%20Comercio%20Electronico.pdf y MERCOSUR/CMC/DEC N° 02/20. Montevideo 05/V/2020. Recuperado de: http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC_002_2020_s.pdf.

(24) <https://www.recyt.mercosur.int/index.php/36-sin-clasificar/sin-clasificar/241-mercosur-digital-90322875>.

(25) Comunicado de Prensa N° 152/21; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina 30/04/2021; recuperado de: <https://cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/firma-del-acuerdo-sobre-comercio-electronico-del-mercosur>.

sión debido a que el encuentro se celebró de manera virtual.

Si bien los principios contenidos en él configuran otro gran avance en la materia, podemos advertir que conlleva cierta complejidad en cuanto a su armonización técnica local, si además contemplamos la exclusión a la que refiere nuestra res. 1033/2021 con base a la ley 25.300 respecto a la micro, pequeña y mediana empresa.

Lo antes dicho responde a la letra de la res. 1033/2021, que ha llamado profundamente nuestra atención. La exclusión que consigna, no se trata de una materia u objeto en particular (como puede ser cuestiones crediticias y/o servicios financieros) sino de sujetos involucrados, más particularmente: el sector proveedor de bienes y servicios. Es así como, de la citada resolución, en su primer art. se lee, literalmente: “Establécense los Parámetros Mínimos Obligatorios de Calidad para los Servicios de Atención y Comunicación a Distancia, que brindan los proveedores de bienes y servicios...”, mientras que su segundo artículo aclara: “Quedan exceptuados de la presente medida las micro, pequeñas y medianas empresas conforme a los términos de la ley 25.300 de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa”. Paradójicamente, la misma resolución comienza citando en sus considerandos el art. 42 de la CN que, como sabemos, confiere jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor, pero lamentablemente, parece olvidarlo o sesgarlo a otro tipo de interés. No hemos encontrado comentario o justificación posible.

Este artículo no viene en este apartado a cuestionar es espíritu de la norma, sino a plantear la dicotomía que pesa sobre ella, en clara contradicción con el *Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur* suscripto por nuestro país como Estado Parte del bloque regional.

El mencionado Acuerdo, en su art. 2.5 que esboza el *Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales*, “considerando el potencial del comercio electrónico como un instrumento de desarrollo social y económico, las Partes reconocen la importancia de (...) inc. d) asegurar que las políticas internacionales y nacionales de comercio electrónico tengan en cuenta el interés de todos los usuarios, incluyendo empresas, consumido-

res, organizaciones no gubernamentales e instituciones públicas pertinentes; inc. e) facilitar el acceso al comercio electrónico por las micro, pequeñas y medianas empresas”. Asimismo, su art. 12 en materia de cooperación: “Reconociendo la naturaleza global del comercio electrónico las Partes afirman la importancia de (...) inc. a) trabajar conjuntamente para facilitar el uso del comercio electrónico, generar mejores prácticas para aumentar las capacidades de realizar negocios, colaborar y cooperar en cuestiones técnicas y de asistencia para maximizar las oportunidades de las micro, pequeñas y medianas empresas; inc. b) compartir información y experiencias sobre leyes, regulaciones, y programas en la esfera del comercio electrónico, incluyendo aquellos relacionados con protección de la información personal, protección del consumidor, seguridad en las comunicaciones electrónicas, reconocimiento y facilitación de la interoperabilidad de firmas electrónicas transfronterizas, incluso firmas electrónicas avanzadas o firmas digitales, autenticación electrónica, localización de servidores, derechos de propiedad intelectual, gobierno electrónico, e iniciativas para el fomento y difusión del acceso y uso del comercio electrónico por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas”, entre otros artículos e incisos en los que hacen expresa referencia al sector empresarial, ya sea micro, pequeñas y/o medianas empresas.

Lo que mencionamos, a nuestro modo de entender la norma, se trata de una contradicción insalvable. Por cuanto supone una suerte de retroceso de los principios protectorios en materia consumeril, pero aún más, de una dificultad frente a la armonización legislativa que se pretende instaurar. Adicionalmente, plantea una confusión práctica en materia de celebración de contratos electrónicos.

Si hay algo que debe esperarse de una norma, es la claridad de sus conceptos, de su alcance, de resguardar los derechos y obligaciones de las partes involucradas en los actos. Caso contrario, su implementación devendrá abstracta, o por menos, compleja y de difícil cumplimiento.

Sin más, nos proponemos invitar al lector a la tarea de tomar vista de todas y cada una de las resoluciones relevantes que en materia de protección de derechos de usuarios y consumidores se han publicado hoy en día. Conociendo ello, se

podrá establecer un hilo de conducta para que los principios generales establecidos, con mayor y mejor posicionamiento en la escala jerárquica de derechos, para salvaguardar la armonización normativa deseada, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional de nuestro ordenamiento interno.

VI. Firma electrónica vs. firma digital. Seguridad en las transacciones electrónicas. La necesidad de una implementación armónica entre organismos

En lo que respecta a los actos de comercio y a la seguridad en las transacciones electrónicas, sin adentrarnos a cuestiones técnicas que exceden nuestro ámbito legal de conocimiento, consideramos que corresponde abordar tres particularidades de gran relevancia para la celebración de contratos electrónicos: la firma electrónica, la firma digital y la protección de Datos Personales.

En nuestro país a través de la ley 25.506 de Firma Digital (LFD) y su dec. regl. 2628/2002 se confiere plena eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma digital, complementando las normas de derecho civil y comercial relativas a la firma, al documento, a su condición de original y a la conservación documental.

El Cód. Civ. y Com. en su art. 284 consagra el Principio de Libertad de Formas, esto quiere decir, que las partes pueden optar por la forma (elemento externo del acto) que más se adecue a sus necesidades. Ahora sí, los contratos electrónicos encuentran un elemento esencial de la expresión escrita, previsto en el art. 288 del mismo ordenamiento, el cual dispone 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”. El requisito de la firma en el contrato queda satisfecho si se utiliza la firma digital establecida en términos de la ley 25.506.

La LFD define en su art. 2° a la “firma digital” como el “...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” y en su art. 5 a la “firma electrónica”, entendiéndose por esta “...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”. La firma digital cuenta así con presunción de autoría e integridad, salvo prueba en contrario, mientras que la firma electrónica, en caso de ser desconocida, corresponderá a quien la invoca (de acuerdo con su intención, necesidad y/o interés) acreditar su validez.

Un caso de innovación por excelencia es la celebración del Boleto de Compraventa Inmobiliario Electrónico. El dec. 962/2018 (26) en el marco de la ley 27.446 de Modernización y Desburocratización de la Administración Pública Nacional, introduce modificaciones en el decreto reglamentario de la ley 17.801 (27) para la Capital Federal y respecto a la inscripción de boletos de compraventa en relación con futuras unidades funcionales o complementarias respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual y a la presentación de documentos electrónicos, firmados digitalmente por las partes, a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica. Más allá de cuestiones jurisdiccionales, se establece que las partes deberán suscribirlo con firma digital o bien ante escribano público, literalmente: “En caso de que las partes no cuenten con firma digital, podrán celebrar el boleto de compraventa o su cesión mediante la intervención de un escribano público quien deberá presentarlo a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, con su firma digital” (conf. art. 31 bis. C). Si bien, por un lado, celebramos la operatividad del

(26) Dec. 962/2018, DECTO-2018-962-APN-PTE - Modifícase Reglamentación, Registro de la Propiedad Inmueble, Ciudad de Buenos Aires, 26/10/2018.

(27) Ley 17.801, Registro de la propiedad inmueble, Buenos Aires, 28 de junio de 1968.

organismo, por otro, nos encontramos con la posible coexistencia de la firma hológrafa en soporte papel de una de las partes (validada ante un Escribano Público, que luego utilizará una plataforma para la continuidad del trámite) y una firma digital de la otra parte, en un documento digital.

En el marco de las XXVI Jornadas de Derecho Notarial, se ha dicho: “El art. 4° de la LFD excluye del ámbito de la firma digital a: a) A las disposiciones por causa de muerte; b) A los actos jurídicos del derecho de familia; y c) A los actos personalísimos en general. Habría que preguntarse si con la sanción del nuevo Cód. Civ. y Com. esta norma se encuentra superada. Pensamos que si el acto a otorgar es por instrumento público, sin duda está superada por el nuevo Código ya que la intervención del oficial público otorga las garantías necesarias al acto jurídico”; “La LFD en su art. 11 prevé que los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación” (28) sin embargo, por coexistencia de soportes (digital-papel) y coexistencia de tipo de firma (digital-hológrafa certificada) no se han pronunciado con debida claridad como para resolver lo que consideramos, al menos, una inconsistencia técnica debido al marco normativo aplicable.

Por otro lado, en cuanto a la fuerza probatoria de los requisitos instrumentales, si bien la doctrina ha flexibilizado y, pese a no contar con firma digital, ha considerado a los Correos Electrónicos como prueba eficaz, argumentando: “..ponderarlo en función de las reglas de la sana crítica racional, teniendo en cuenta si aquel ha sido reconocido o no por la parte contra quien se lo pretende hacer valer; en su caso, si se ha efectuado una pericia informática tendiente a demostrar su

autenticidad e inalterabilidad determinándose la fecha de envío, remitente, destinatario, archivos adjuntos, etcétera” (29) considerándolos como “principio de prueba por escrito” (30) también prevalecen criterios jurisprudenciales contrapuestos.

La autenticación fehaciente de las personas que realizan transacciones en entornos remotos o a través de medios telemáticos, está dada por los elementos que confieren seguridad a la hora de consentir los términos de un contrato. Promoviendo el comercio electrónico seguro, debemos ser claros en que *firma digital no es sinónimo de firma electrónica*, tanto por sus requisitos técnicos, como por sus efectos legales. En idéntico sentido, la multiplicidad de aspectos que surgen a la hora de la práctica (como los casos citados precedentemente) nos motivan a realizar un estudio pormenorizado de cada caso en cuestión.

El dec. 182/2019 que reglamenta la ley 25.506, establece las disposiciones relativas a los componentes de la infraestructura de firma digital, e incluso la res. 116-E/2017 (31) del Ministerio de Modernización, en su art. 1 ha incrementado los niveles de seguridad, resolviendo que los certificadores licenciados y sus autoridades de registro, deben capturar la fotografía digital del rostro y la huella dactilar de los solicitantes y suscriptores, de acuerdo a los estándares vigentes, de certificados de firma digital, almacenando la fotografía digital en formato JPEG y la imagen y la minucia de la huella dactilar. Mientras que, la firma electrónica no cuenta con estos recaudos de seguridad que implican la verificación de datos biométricos de quien suscribe. Allí radica su diferencia, cualidades y alcance de los efectos que pueden incidir en la seguridad del documento suscripto entre partes.

Si bien lo antes dicho no supone ninguna conclusión de investigación, prevalecen hoy múlti-

(29) CCiv. y Com. Córdoba, sala I, “Pisanu, Juan Mauro c. Carteluz SRL s/ ordinario. Otros”, 22/05/2014, MJJ86592.

(30) CNCom., sala D, “Bunker Diseños SA c. IBM Argentina SA s/ ordinario”, 02/03/2010, LA LEY, 2010-C, 542; LA LEY DJ 25/08/2010, 2283; cita online: TR LALEY AR/JUR/12833/2010

(31) Res. 116-E/2017, Ministerio de Modernización, Secretaría de Modernización Administrativa, Ciudad de Buenos Aires, 15/12/2017.

(28) PANO, Santiago, “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”, Comisión 10, Derecho Notarial. Disponible en: <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Pano-Santiago-Giralto-Font-Mart%C3%ADn-y-Garc%C3%ADa-Sergio-Comisi%C3%B3n-10.pdf>.

ples sistemas que pretenden salvar las diferencias entre firma digital y firma electrónica, valerse de herramientas digitales insuficientes (ej. Imagen —foto— de una firma hológrafa en un documento papel, método *click-wrap* (32), mensaje de texto; etc.) incluso con el riesgo que supone la producción y carga de la prueba.

En materia de consumo, la firma digital no es usada habitualmente cuando se trata de contratos B2C (*Business to Consumer*) o C2C (*Consumer to Consumer*). La manifestación del consentimiento de el/la usuario/a o consumidor/a se expresa, por ejemplo, a través de un contrato electrónico, mayormente a través de los mencionados Contratos de Adhesión, cuando se trata de “aceptar términos y condiciones”, un botón, un “tilde” en un casillero genérico, es suficiente manifestación de la intención de contratar, caso contrario, de todos modos, no se contrata, puesto que no existe negociación posible. En rigor de verdad, salvo casos excepcionales, se trata de una firma electrónica, definido en faz negativa al art. 5° LFD “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 efecto, de acuerdo con el art. 287 y 288 Cód. Civ. y Com. la firma debe ser capaz de individualizar concretamente a su autor. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza una firma digital, si no están firmados “se los denomina instrumentos particulares no firmados”. Por lo que, el documento firmado electrónicamente equivale a un “instrumento particular no firmado”, con los riesgos que trae aparejado en cuando a la integridad y seguridad del instrumento.

Una de las cuestiones más debatidas en materia de contratación electrónica es precisamente

(32) La mayoría de los términos en materia informática no cuentan con una traducción literal, funcional al español. El vocablo “Click-Wrap” (*clickwrap agreements*) o “shrink wrap contracts” en idioma inglés, se ha popularizado en los últimos tiempos, utilizado en la dinámica de contratos electrónicos que suponen la “aceptación” de términos y condiciones a través de un sólo botón en pantalla, tan sólo a través de seleccionar la opción correspondiente, presionando la misma (“clic”).

sobre los aspectos regentes para la formación del consentimiento. Por ello, el objetivo es alcanzar la certeza sobre la autoría y su declaración de voluntad (sobre la oferta, aceptación y/o modificación) como así la integridad del contenido del documento suscrito, comprobando así que no hay alteración alguna luego de la firma.

En tal sentido, en concordancia con los arts. 7° y 8° LFD, la firma digital detenta una presunción *iusuris tantum* de su autoría y de su integridad. Toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma y no ha sido modificado desde el momento de su firma, salvo prueba en contrario. Prevalece la inversión de la carga de la prueba, que pesará sobre quien alegue que la firma no corresponde al titular del certificado digital o que el documento digital ha sido alterado. A este punto, incluso se ha considerado que el documento firmado digitalmente tendría la seguridad de un instrumento público (33) quizás por la presunción de legitimidad y autenticidad, como por la intervención (indirecta) del Estado que ha validado los certificados y las claves necesarias para esta.

En otro decir de la situación que nos convoca, subsisten a través de diversos organismos la utilización de la firma electrónica, como es el caso de las actuaciones profesionales independientes y/o colegiadas. Muchas veces, estas se valen de un dispositivo electrónico (*token*) validado al efecto por la entidad que lo otorga como entidad certificante. Si bien cumple con las premisas de validación de certificados, no es compatible con otros sistemas análogos con los que interactúa, lo que resulta a la práctica discordante con los niveles de seguridad que se pretende instituir y contrario a la normativa aplicable (34).

(33) GROVER DORADO, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino”, Sistema Argentino de Información Jurídica, Id SAJ: DACF160582, 26/10/2016.

(34) Res. 42/2019. Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretaría de Modernización Administrativa. A través del cual, se aprueban las “Pautas técnicas y procedimientos para la captura y verificación de huella dactilar y fotografía digital de rostro” de los solicitantes de certificados digitales emitidos por los certificadores licenciados AC-ONTI y AC MODERNIZACION-PFDR en el marco de la ley 25.506 y modificatoria, con los anexos correspondientes.

La firma electrónica, que erróneamente se menciona en varias oportunidades como sinónimo de firma digital, reiteramos, no cuenta con la verificación de datos biométricos que presupone la LFD. Paradójicamente, los entes u organismos con los cuales pretende interactuar muchas veces también carecen de domicilio electrónico, debiendo arbitrar medios análogos necesarios, que pueden incluir la presentación de soporte papel y firma hológrafa. Recordemos, que la firma digital funciona a través de criptografía asimétrica, convalida un conjunto de claves, asegura la autenticidad, al estar validada por una Entidad Certificante, reemplaza la firma de puño y letra. Confiere seguridad al documento en su no alteración. Por ello, es que, al imprimirlo, pierde su validez legal y probatoria ya que no cuenta con la marca que certifique el autor de la firma y tampoco verifica su integridad. Es así que, si tenemos un instrumento con firma digital de un funcionario interviniente, la impresión y remisión por vías o canales que no fueran digitales, desnaturaliza el concepto de seguridad.

Sobre este punto en cuanto a las incongruencias que prevalecen a los sistemas que pretenden alcanzar la validez de la firma digital. Ambas detentan validez jurídica, pero no la validez probatoria. Por ello es por lo que mencionamos la divergencia de aplicación de algunas entidades y/u organismos. Si nos encontramos en la tarea de “despapelizar” y de conferir seguridad a las transacciones entre partes, no resueltas las cuestiones de forma y aplicación, estaremos sujetos a una práctica disonante.

Conforme la ley 25.506, la firma digital cumple las mismas exigencias que la firma manuscrita de los documentos en papel, ya que posee las mismas características técnicas de seguridad que una firma en papel, incluso mayores. Por ello es por lo que es necesaria su correcta aplicación, para que podamos mantener los principios de autenticación, integridad, exclusividad y no repudio a los que refiriéramos en párrafos anteriores.

Podemos afirmar entonces, en términos de ley, que contamos con las herramientas necesarias para conferir a un documento suscrito por medios digitales la validez y seguridad necesaria, propia de una dinámica de mercado contemporánea. Sin embargo, necesitamos de la dedica-

ción y persistencia para adoptar los cambios técnicos que requieren la armonización de los sistemas interactuantes para operar válidamente.

VII. La protección de datos personales. Los principios fundamentales de la privacidad y confidencialidad de la información

La “información” y los “datos personales” se han convertido en activos invaluable para la sociedad contemporánea. Vinculado con el derecho a la intimidad y con el ejercicio de nuevas medidas de seguridad para evitar pérdida, adulteración o tratamiento no autorizado de información personal, podemos decir que estos versan sobre cualquier información acerca una persona física (o “persona humana”, en términos del Cód. Civ. y Com.) identificada o identificable.

La ley 25.326 (35) de Protección de Datos Personales (LPDP) o *habeas data* tiene por objeto la protección integral de los datos personales contenidos en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes. El art. 1° de la LPDP tiene como objeto garantizar “el derecho al honor y a la intimidad de las personas”, como así el acceso a la información que sobre estas se registre. Es por ello por lo que los principios de Privacidad, Seguridad y Protección de Datos Personales requieren un muy especial tratamiento y una inmediata atención.

Si bien prevalece la especial atención a los datos “sensibles”, contenidos en el art. 2° LPDP relacionados al origen racial o étnico, convicciones religiosas, opiniones políticas, filosóficas o morales, afiliación sindical o los relacionados con la salud o la vida sexual, advirtiendo que estos no pueden ser registrados, existe la salvedad por “razones de interés general autorizadas por la ley”, excepción que, a nuestro criterio, resulta por demás amplia o al menos, muy poco clara.

En la relación contractual electrónica, más frecuentemente en el modelo B2C el/la consumidor/a o usuario/a los datos personales, con asombrosa inmediatez, debe brindar una

(35) Ley 25.326 “Protección de los Datos Personales”, Sancionada: 04/10/2000. Promulgada Parcialmente: 30/10/2000.

cantidad y calidad de datos, que indefectiblemente se ponen en circulación al momento de contratar.

Se trata de una paulatina pérdida de su privacidad, ya que proporcionamos nuestros datos personales constantemente, al momento de solicitar un producto bancario, al realizar un trámite ante organismo gubernamental, cuando nos inscribimos en un curso o capacitación e incluso al contratar un servicio de cualquier carácter (servicio público domiciliario, registro en un gimnasio, suscripción en diarios o revistas, etc.).

Sucede también, que la calidad y cantidad de datos que se solicitan, muchas veces no se corresponde con el tipo de servicio o producto que se desea adquirir, el sistema informático vincula o redirige concediendo accesos a través de otras cuentas o plataformas (ej. ingreso a través de usuario de redes sociales, de entes gubernamentales —en el caso nacional: ANSeS, AFIP, RENAPER, etc.—) cuando, no debería ser necesario en absoluto.

Asimismo, la letra de las tan famosas “condiciones de uso” de las “políticas de privacidad” a las que debemos indefectiblemente “aceptar” o validar, constituyen un contrato de consumo de acuerdo con la LDC, pudiendo contener cláusulas abusivas en el sentido del art. 37 de la misma norma. Es habitual la debilidad al momento de velar por el consentimiento informado de los/as consumidores, contrariamente a los principios de claridad de la Información y certeza, en contravención con el art. 4 LDC y regionalmente, la res. 21 del GMC Mercosur.

Nuestra Constitución Nacional, en la letra del art. 43, tercer párrafo sostiene: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. A través de esta norma, toda persona humana se encuentra habilitada para interponer acción y tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados

destinados a proveer informes. Quizás este sea otro de los ejemplos aplicables no solo para el modelo B2C, sino también el G2C “Gobierno a consumidor/a” (*government to citizen/consumer* o G2C).

Asimismo, nuestro país, a través de la ley 27.483 (36) adhirió al Convenio de Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa en enero de 1981 a través del cual se pretende garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona, “protección de datos” y al Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, suscripto en noviembre de 2001 que aborda la cuestión de los flujos transfronterizos de datos. Su versión actualizada, que se abrió a la firma en octubre de 2018, se conoce como “Convenio 108+” versando sobre una protección especial hacia datos genéticos, los relativos a delitos, procedimientos y condenas, los biométricos que identifican de manera única a una persona y los relacionados con el origen racial o étnico, político, afiliación sindical, religiosa o cualquier otra creencia y sobre la salud y vida sexual. Este último, en su versión más actualizada, puesto que el primero hacía referencias a “ficheros” o “ficheros automatizados” (37),

(36) Convenios, ley 27.483, Aprobación. Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, e. 02/01/2019 N° 100245/18 v. 02/01/2019. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/infoleg/ley27483.pdf>.

(37) Adm. Conjunto de datos de carácter personal organizados de forma manual y estructurado conforme a criterios específicos relativos a personas físicas, que permitan acceder sin esfuerzos desproporcionados a sus datos personales. La normativa de protección de datos se aplica asimismo al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Directiva 95/46/CE, art. 3.1; SSAN, 1ª, 12/05/2004, rec. 721/2002, y 22/04/2009, rec. 106/2008. Un fichero automatizado es un conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de creación, almacenamiento, organización y acceso.

mientras que el segundo, recepta una conceptualización más acorde a la realidad digital de la sociedad contemporánea.

Retomando el caso de la LPDP, esta consta sancionada en el mes de octubre del año 2000, pero promulgada parcialmente. Su dec. regl. 1558/2001 **(38)**, lamentablemente ha dejado artículos sin reglamentar. En ella se designa a la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), conforme los términos del art. 19 de la ley 27.275, sustituido por el art. 11 del dec. 746/2017, como la autoridad de control de la ley de protección de datos personales, como ente autárquico con autonomía funcional en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

La AAIP, en su portal de “Protección de Datos Personales” proporciona información general relacionada a la materia, publicando una serie de artículos a través de los cuales se propone brindar recomendaciones para las transacciones en línea (por internet) de manera segura, para que los/las consumidores/as tomen recaudos suficientes al momento de contratar bienes o servicios a través de medios digitales.

Comienza por aconsejar la verificación de las páginas de internet donde se navegue, el no responder correos electrónicos con datos personales, por último: “Leé los términos y condiciones del sitio para saber qué usos le van a dar a tus datos personales. Las empresas deben pedirte consentimiento para tratar tus datos personales y debe ser por escrito u otro medio similar. Además, las empresas tienen que informarte previamente y en lenguaje claro la finalidad, las consecuencias, los destinatarios y, en caso de que se almacenen en una base de datos, el nombre y los datos de contacto del responsable” **(39)** mismo contenido para otras notas del mismo estilo.

Sin embargo, consideramos que no se ajusta a las necesidades de los/las consumidores/as y

(38) Protección de los Datos Personales, dec. 1558/2001; <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1558-2001-70368/actualizacion>.

(39) Agencia de Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales, “Recomendaciones para compras online seguras”, 2021, recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/recomendaciones-para-compras-online-seguras>.

usuarios/as, más aún en concordancia con los documentos que se suscriben por la materia a nivel regional. Prevalece un gran aspecto innominado, incluso, son conocidos los debates en torno al programa nacional “Justicia 2020” **(40)** que propiciaron diversos comentarios, sugerencias y proyectos de modificación comprendiendo que la norma no se encontraba actualizada en el contexto de la entrada en vigencia del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en concordancia a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, no han sido receptados.

El Proyecto de ley sobre Protección de Datos Personales, conocido como Mensaje 147/2018 **(41)** ingresó al Congreso de la Nación a través de la Cámara de Senadores el 20 de septiembre de 2018, entre sus fundamentos, advierte: “La necesidad de derogación de la ley 25.326, que fue sancionada hace más de diecisiete [17] años, obedece a que, tal como se expresó anteriormente, ha quedado desactualizada dado los avances tecnológicos y normativos producidos desde entonces”. Lamentablemente, al no recibir ningún tipo de tratamiento en el Congreso de la Nación, perdió estado parlamentario en febrero de 2020.

Lo que debemos reconocer, es que resulta incongruente a este punto, analizar una coyuntura internacional y/o especial en materia de publicidad, oferta y consentimiento, si no contamos con una regulación clara en materia de protección de datos personales de las partes contratantes, más

(40) El Programa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, define institucionalmente a “Justicia 2020” como “...espacio de diálogo en el que todos podemos realizar propuestas, compartir ideas y conocer los proyectos que están en marcha para mejorar el servicio de justicia”. Texto disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/voces/justicia2020>. Dejamos constancia que la dirección especial constituida oportunamente <https://www.argentina.gob.ar/justicia/justicia2020> se encontraría fuera de funcionamiento, según consulta del 27/12/2021.

(41) Mensaje 147/2018 texto completo disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_147-2018_datos_personales.pdf y Cuadro comparativo, ley 25.326 de Protección de Datos Personales y Mensaje 147/2018 Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/comparativo_ley_datos.pdf.

precisamente, por respeto a la parte más débil en el proceso, que es el/la consumidor/a de bienes o servicios, que acompañe la tutela de los derechos y su efectivo ejercicio.

VIII. La relación entre consumidor/a y Gobierno. El Defensor del Pueblo y una grave realidad institucional democrática

Encontrándonos en las últimas líneas de este trabajo, previos a las conclusiones, queremos referirnos brevemente al modelo de consumo denominado “Gobierno a consumidor/a” (*government to citizen/consumer* o G2C) considerándolo de especial atención, puesto que hemos encontrado poca tinta puesta a su disposición de estudio. Por ser controversial, o por la dificultad de defender a la parte más débil en su práctica, usos y costumbres.

La interacción entre el Gobierno (en el más amplio de los sentidos posibles) a través de sus organismos estatales locales, provinciales o nacionales, centralizados o descentralizados para con los/as consumidores/as y usuarios/as, sin duda opera a través de otra órbita de tutela.

Por un lado, el Estado mismo es el garante primero en la protección de los derechos de consumo, por ello arbitra los medios necesarios de acceso a la justicia, a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), Sistema de Ventanilla Única, COPREC o Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, accesible a todos/as los consumidores/as y usuarios/as para con proveedores, comerciantes de acuerdo con la relación de consumo que correspondiera.

Por otro lado, también es frecuente que el Estado o Gobierno se convierta en un proveedor de bienes y servicios. A modo de ejemplo, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, a través del Registro de las Personas, registra actos y hechos vitales y tiene a su cargo la expedición de partidas (nacimiento, defunción, matrimonio, etc.) como único autorizado, mientras que el ciudadano, establece con este organismo un vínculo jurídico al momento de cursar una solicitud, sea de manera gratuita u onerosa. Entendiendo que cada uno de los trámites, configura así una relación de consumo en los términos del art. 1092 Cód. Civ. y Com. (art. 3° LDC y ccdtes.) y revestidas las partes conforme el art. 2° LDC (Proveedor) entendiéndose

como “persona física o jurídica de naturaleza pública o privada” y el art. 1° LDC el consumidor, el ciudadano e incluso, el destinatario final.

Quien no hubiera tenido dificultades en la tramitación de documentos personales extendidos por organismos como el mencionado, sin ánimo de desmerecer la tarea digital de actualización que desarrollan las dependencias gubernamentales y/o los organismos vinculados, que levante la mano, por favor. Puesto que, los/as consumidores/as (nos) encontramos en una clara posición de desventaja cuando se requiere una interacción (consulta, reclamo, descargo, etc.)

Continuando con el ejemplo citado, el Área Identidad y Ciudadanía del Defensor del Pueblo de la Nación (DPN) es claro cuando sostiene: “...defiende el derecho a la identidad jurídica y acciona frente a su vulneración: demoras injustificadas u otros inconvenientes en trámites de DNI, Pasaporte, Partidas de Nacimiento o Defunción, Libreta de Matrimonio, entre otros” (42). Mientras que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires aclara en las consultas frecuentes: “¿Acerca de qué temas puedo realizar reclamos?” en un extenso listado: “Tramitación de DNI, pasaporte y documentación de cualquier tipo” (43).

La legitimación del DPN se encuentra contenido en nuestra Constitución Nacional, precisamente en los arts. 43 y 86. Según el último, en su parte pertinente: “Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, *ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas*”. En lo que respecta a la jurisdicción provincial del ejemplo que seguimos, art. 55 de la Const. Provincial sostiene: “El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. *Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la Administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentraliza-*

(42) La Defensoría del Pueblo de la Nación, Área Identidad y Ciudadanía, disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/index.php>.

(43) Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, temática “Preguntas Frecuentes”, texto disponible: <https://defensorba.org.ar/site/faqs>.

dos o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones". Ambas citas son un extracto de parte pertinente, cuyo resalta-dos nos pertenece.

Por lo expuesto, el DPN, o bien sus dependencias provinciales, tratándose de una institución que actúa con plena independencia y autonomía funcional, son los receptores de denuncias y/o reclamos en materia de actos de la Administración pública, entes descentralizados o empresas estatales, etc. En síntesis, aquello que consumidores/as y usuarios/as no pueden canalizar a través de las oficinas o entes gubernamentales de atención al consumidor/a, lo pueden realizar a través del *ombudsman*.

Sin embargo, desde el año 2009, la Defensoría del Pueblo de la Nación está a cargo del subsecretario de la entidad, luego de la renuncia de su titular a cargo. Ello es más que preocupante, no solo para la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, sino para el cumplimiento diligente de las normas de jerarquía constitucional. Sin un titular designado al cargo, la institución carece de legitimidad procesal, no siendo posible iniciar acciones legales contra el Estado.

Esta grave situación cumple trece [13] años. Más de una década sin que nuestro país designe a quien ocupará el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, se acrecienta la incertidumbre, las dudas y cuestionamientos en torno al sistema democrático, le legitimidad de las actuaciones, el respeto a las instituciones, el desgaste social, y el desamparo frente a una misión constitucional desoída.

La campaña "Defensor/a del pueblo YA" a través de la cual la sociedad continúa reclamando al Poder Legislativo la designación del Defensor del Pueblo de la Nación, reconoce que han transcurrido gobiernos de signo político distinto, modificando la composición del Congreso de la Nación, y sin embargo no ha sido designado el *ombudsman*. La situación, no solo supone una fragilidad de carácter institucional, gubernamental y democrática, sino que afecta a los sectores más vulnerables, víctimas de un desinterés tal que no encuentra explicación que satisfaga y/o justifique de alguna manera la fragilidad institucional.

Podemos encontrar en los medios aseveraciones como "Se reduce la Defensoría a una mera entidad administrativa que formula recomendaciones"; "La irregular situación es inédita en el continente, y afecta nada menos que a la única Institución Nacional de Derechos Humanos reconocida por la ONU" y, como si ello no fuera suficiente, tanto a nivel global a través de la Organización de Naciones Unidas (ONU) como a nivel continental, la Organización de Estados Americanos (OEA) y organismos internacionales de derechos humanos han advertido la gravedad que representa la falta de DPN en nuestro país, a través de los años y repetidamente.

La OEA a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre el 153 Período de Sesiones, en el año 2014, instó al Estado argentino a adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se inicie el proceso de selección de DPN, mencionando "...que los Defensores y Defensoras del Pueblo desempeñan un importante rol en la protección de los derechos humanos, y recordó que su establecimiento constituye un avance en la consolidación de las instituciones democráticas". Mientras que en las Observaciones finales sobre el Quinto Informe Periódico de Argentina, correspondiente al año 2016, el Comité de Derechos Humanos de la ONU como aspecto negativo destacó la ausencia del nombramiento del Defensor del Pueblo de la Nación.

En lo que a nuestra temática concierne, el DPN como garante de acceso a la justicia de todos los colectivos de personas que sufran restricciones o vulneraciones en sus derechos a causa de los actos, hechos u omisiones de la administración pública no cuenta con legitimación suficiente. Sin legitimación procesal, no hay acceso a la justicia, y sin acceso a la justicia la misión de protección de derechos humanos y garantías constitucionales deviene en una completa abstracción imaginaria.

Si bien se reconoce que, la Defensoría continúa trabajando, en palabras del Subsecretario a cargo, sostiene que falta de un titular con mandato constitucional "afecta la institucionalidad de la Defensoría" (44).

(44) DELFINO, Emilia, "Argentina cumplirá 13 años sin Defensor del Pueblo, un cargo clave frente al poder del Estado y las grandes empresas", El Diario AR, 2021, dispo-

En palabras de Bidart Campos, “...la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga y no hay zona alguna de reserva que el ejecutivo, el Congreso o la administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan...” (45).

Sin ánimo de continuar pronunciando nuestro parecer sobre esta situación de público conocimiento, lo que corresponde a este punto es poner sobre advertencia que, los/as consumidores/as y usuarios/as, se encuentran desprotegidos en una más que evidente desventaja procesal a la hora de propiciar acciones que tiendan a la debida tutela de sus derechos, situación que requiere una inmediata atención por parte de nuestros legisladores.

Lo que sucede en las instituciones, es un fiel reflejo de diligencia operacional. En lo que a la relación o modelo de consumo refiere para “Gobierno a consumidor/a” (*government to citizen/consumer* o G2C) nunca vamos a poder ejercer plenamente los derechos por los que tanto hemos trabajado de manera sostenida, si una de las herramientas democráticas mejor posicionadas (incluso a nivel internacional) sin preminencia de tinte político, detenta falencias que respondan exclusivamente al cuerpo legislativo en ausencia de respuesta.

IX. Conclusiones

La temática que nos ha convocado sin duda merece una continuidad de estudio a través del análisis comparado de normas en constante evolución. Las innovaciones tecnológicas nos proponen constantes desafíos propios de una era digital, en su más amplio escenario.

nible en: https://www.eldiarioar.com/politica/argentina-cumplira-13-anos-defensor-pueblo-cargo-clave-frente-grandes-empresas_1_8611086.html.

(45) BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales. En: Inconstitucionalidad por omisión”, Temis, Bogotá, 1997; “Instituciones nacionales de derechos humanos: antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2010.

Comenzamos con breves nociones acerca del comercio electrónico, posicionando a las relaciones de consumo frente a la nueva dinámica que propone el intercambio de bienes y servicios de manera remota, sin presencia física de las partes contratantes, que celebran contratos a distancia o a través de medios electrónicos.

Hemos repasado el marco legislativo nacional a la temática que nos convocara, incluso tomando referencias de carácter regional, puesto que estas implican un compromiso asumido entre partes del bloque Mercosur.

En materia de formación del consentimiento en la contratación electrónica, nuestro país goza de un ordenamiento jurídico equilibrado en cuanto a la tutela de los derechos de los/as consumidores y usuarios/as, sin embargo, hemos podido observar algunas inconsistencias tanto fácticas como técnicas.

Los contratos celebrados por medios electrónicos se perfeccionarán de acuerdo con las reglas de los contratos entre presentes (cuando exista una comunicación interactiva que permita manifestar la voluntad de manera instantánea) y/o de acuerdo con las reglas de los contratos entre ausentes, para los casos en los que no existiera tal comunicación interactiva instantánea. Sin embargo, los conceptos de “publicidad”, “oferta”, “consentimiento” y prueba, deben ser detenidamente analizados en cada caso, y aplicando el criterio más beneficioso a favor de los/as consumidores, la parte más débil en la relación de consumo.

La necesidad de propiciar una verdadera armonización legislativa, tanto local como regional, compatibilizar los procesos existentes, optimizar el funcionamiento práctico de los sistemas informáticos, desarrollar acciones concretas tendientes a la protección de los datos personales, como así conferir legitimación procesal a los organismos responsables en la protección de derechos humanos y garantías constitucionales, como es el derecho de consumo, es una tarea que merece inmediata atención, y por la que debemos velar por el respeto democrático a las instituciones de nuestro país.

El verdadero concepto de “entorno seguro” y legitimación de los actos, confiere al orde-

namiento un rol tuitivo por excelencia. La debida protección de los derechos hace posible el normal desenvolvimiento social, político, económico y productivo. Es el momento para construir bases sólidas, no solo por el hoy y ahora, sino de manera sustentable, por todas las generaciones venideras que continuarán el proceso imparable que nace a partir de esta desafiante era de economía digital.

X. Bibliografía complementaria

Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, Ed. Erreius, 2015.

Constitución de la Nación Argentina, Ed. Infojus, 2013.

Resolución 1033/2021, Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Boletín Oficial de la República Argentina. Legislación y Avisos Oficiales. Primera Sección. 06/10/2021 Ver Anexo disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/250750/20211012>.

Comunicado de Prensa nro. 152/2021; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina 30/04/2021; recuperado de: <https://cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/firma-del-acuerdo-sobre-comercio-electronico-del-mercosur>.

Ley 26.361, Modificación de la ley 24.240. Disposiciones complementarias, 2008, Texto disponible: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm>.

Disposición 7/2010, Protección de los Datos Personales, Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, Buenos Aires, 2010, texto disponible: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-7-2010-167592/texto>.

Ley 25.506, Firma Digital, noviembre 14 de 2001, texto disponible: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/norma.htm>.

Decreto 2628/2002, Reglamentación de la ley 25.506. Firma Digital, Buenos Aires, 19/12/2002, texto disponible: <http://servicios.infoleg.gob>.

ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/80733/textact.htm.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) “La nueva revolución digital: de la Internet del consumo a la Internet de la producción” Signatura: LC/L.4029(CMSI.5/4) / Rev. 1100 p. Editorial: CEPAL, 2016. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/38604-la-nueva-revolucion-digital-la-internet-consumo-la-internet-la-produccion>.

BARRÓN ARNICHES, Paloma, “La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el reglamento de protección de datos y la nueva directiva de suministro de contenidos digitales)”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nro. 61, 2019 (octubre). <https://doi.org/10.18543/ced-61-2019pp29-65>.

CALIFANO, Bernadette, “Análisis del proceso de debate de iniciativas legales sobre protección de datos personales y sus conflictos con el derecho a la libertad de expresión. Los casos de Argentina y Ecuador”, Facultad de Derecho Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/datos-personales-argentina-ecuador/Datos-personales-Argentina-y-Ecuador.pdf

BONINA, Nicolás - BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J. - QUADRI, Gabriel H. - NIZZO, Andrés L. - SANTARELLI, Fulvio G. y BRANCI-FORTE, Fernando O., “Legal Tech y COVID-19: Hacia la ‘nueva normalidad’ del Derecho”, Disponible en: <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/legal-tech-y-covid-t.pdf>.

CENTANARO, Ivana C., “Leyes de Defensa del Consumidor Comentadas”, Ed. Estudio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, 2ª ed.

GAGO, María Eugenia, GÓMEZ ZAVAGLIA, Tristán, “Constitución de la Nación Argentina a 25 años de la reforma de 1994”, Ed. Hammurabi, Id SAIJ: DACF200022.

MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa, “Derecho de la Integración”, Ed. EDIAR, Argentina, 2006.

DRAZER, Maricel, “¿Quién defiende a los argentinos? El país lleva más de una década sin Defensor del Pueblo”, Periódico en línea, Deutsche Welle, 2021 <https://www.dw.com/es/qui%C3%A9n-defiende-a-los-argentinos-el-pa%C3%ADs-lleva-m%C3%A1s-de-una-d%C3%A9cada-sin-defensor-del-pueblo/a-56787667>.

CONCURSOS Y QUIEBRAS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO CONCURSAL

Inoponibilidad de los efectos concursales al crédito de una niña víctima de abuso sexual. Acto ocurrido dentro del establecimiento educativo de la concursada. Aplicación de instrumentos de protección internacional de los derechos humanos. Reparación plena e integral. Disidencia parcial.

Con notas de María Indiana Micelli y Carlos E. Ribera

1. — Con sustento en los principios y valores que fluyen de las convenciones internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad, junto a las específicas previsiones de orden público que surgen de las leyes 26.061 y 26.485, el Tribunal se encuentra habilitado para decretar oficiosamente la inoponibilidad de los efectos concursales exclusivamente respecto de la acreencia de la menor víctima de abuso sexual dentro del establecimiento educativo de la concursada. Esto implica que el presente proceso, si bien válido para el resto de los acreedores concurrentes, exhibirá una ineficacia relativa respecto de aquella, quien mantendrá sus derechos y/o su situación legal como si el concurso preventivo no existiera a su respecto.
2. — Quedó demostrado que el sometimiento de la niña víctima de abuso sexual a las reglas concursales impacta disvaliosamente sobre su acreencia reconocida en sede civil, de ahí que a juicio de los firmantes corresponda su calificación como “intangible”: solución posible tanto por quien resulta su beneficiaria como por su origen indemnizatorio, elementos que imponen el acatamiento a ultranza del principio de reparación plena e integral.
3. — Si se aceptara que el crédito derivado de una indemnización por abuso sexual se redujera por efecto de normado en los arts. 19 y 55, LCQ quedaría totalmente desdibujada la especial, mayor, prioritaria y efectiva tutela deferida a las niñas víctimas de violencia de género que consagran los instrumentos internacionales y las leyes internas. Además de provocarse la revictimización de la niña, todo a expensas de un criterio interpretativo que no satisface ni conforma aquellos mandatos que deben primar en el análisis jurídico cuando involucra tópicos tan sensibles como la de la especie.
4. — El conflicto traído a estudio no merece ser abordado exclusivamente con la regulación específica de la ley de concursos y quiebras, sino que resulta inexcusable la ocurrencia a las pautas provistas por los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos que amparan a las niñas víctimas de abuso desde un doble orden tuitivo: en cuanto niñas y mujeres.
5. — La decisión que se adopte en la especie debe garantizar la efectividad de los derechos en juego, con la prevalencia y máxima exigibilidad que las normas prevén a su respecto. Dicho de otro modo, cabrá definir en el caso concreto la especial protección deferida a la niña, víctima de violencia de género, en relación con el tratamiento de su crédito en el presente proceso concursal.
6. — La cuestión relativa a los privilegios cobra máximo protagonismo en un escenario fallimentario donde se hace imperioso asignar criterios para la distribución de la escasez. Pero ello no necesariamente ocurre en contextos concursales como los de la especie, donde para conjugar los intereses implicados puede ocurrirse a otras soluciones que no exigen poner en crisis el sistema de privilegios previsto por la LCQ.
7. — La indemnización acordada jurisdiccionalmente a la niña víctima de abuso sexual en un establecimiento educativo de propiedad de la concursada tiene innegable finalidad reparatoria de las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. A su vez, ha de entenderse plena en la medida que alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe a la cuantía de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado.
8. — Pretender que, aun tratándose de un sujeto preferentemente tutelado, la “situación concursal” pueda imponer su igualación con el resto de los acreedores, implica una conclusión reprobable y errónea en la comprensión global que exige el caso.
9. — No puede prescindirse de la diversidad, ni de los derechos especiales que tienen los niños, niñas y adolescentes o las mujeres violentadas

por su condición. Aquellos derechos y garantías no constituyen solo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema.

10. — En la disciplina concursal suelen presentarse situaciones de hecho no abarcadas en la expresión necesariamente genérica de la norma jurídica. Y entonces cobran vital importancia la finalidad de la ley y —especialmente— las consecuencias que pueden derivarse de una determinada solución al caso, a lo que no es ajeno el juez.
11. — El sometimiento de la acreencia de la niña a las pautas regulatorias del concurso preventivo provoca una licuación de la indemnización acordada en sede civil, que resulta intolerable en tanto conlleva una trasmutación de su intrínseca naturaleza reparatoria.
12. — El remedio concursal al que acudió la concursada estuvo dirigido sustancialmente a afrontar los pasivos derivados del juicio civil evitando hacer efectivo el íntegro pago de la acreencia de mayor monto establecida en cabeza de una niña víctima de abuso sexual. Este aspecto afecta sustancialmente los intereses de la menor al vulnerar su derecho a la reparación plena; circunstancia que —adicionalmente— importa un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado (del voto de la Dra. Tévez).
13. — Corresponde declarar verificado el crédito de la niña víctima de abuso sexual y asignarle el carácter de “privilegio autónomo” con derecho a cobro preferente en relación a los demás acreedores concurrentes y a los que en el futuro se pudieran incorporar al pasivo concursal y disponer el pago íntegro e inmediato de ese crédito sin sujeción a los términos del acuerdo homologado y, del mismo modo en oportuni-

dad de su determinación definitiva, del saldo que arroje el cálculo de los intereses, que se percibirán sin deducción alguna (del voto del Dr. Barreiro).

14. — Pretender ampararse en un régimen legal, como es el sistema de los privilegios concursales, que fue diseñado en base a la disputa de derechos patrimoniales que cuentan también con protección constitucional, no puede significar el desplazamiento de principios especiales de protección, asentados en la eliminación real de la desigualdad y la indignidad en el trato (del voto del Dr. Barreiro).
15. — Debe declararse la inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley de Concursos y Quiebras con relación a la detención del cómputo de los intereses, como fue requerido expresamente por los apelantes que representan a la niña. Y a ello puede agregarse, por razón del control de constitucionalidad que compete a todos los jueces, aunque no fuera invocado por las partes, que en esta causa el crédito de la niña debe quedar fuera de los límites del régimen de novación y oponibilidad del acuerdo homologado previsto por los arts. 54 a 56, LCQ (del voto del Dr. Barreiro).
16. — No corresponde que la acreedora satisfaga su crédito en moneda extranjera. A mi juicio, toda vez que el crédito es en moneda de curso legal deberá satisfacerse en dicha moneda (del voto en disidencia parcial del Dr. Lucchelli).

CNCom., sala F, 15/12/2021. - Fundación Educar s/ concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/195646/2021]

El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, <http://informacionlegal.com>

Una tutela concursal diferenciada, integral, efectiva y con perspectiva de género

María Indiana Micelli (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Las tutelas concursales diferenciadas.— III. Las circunstancias fácticas que determinan la tutela.— IV. Las particulares notas del concurso preventivo de “Fundación Educar”.— V. El marco normativo.— VI. La solución adoptada en el caso: la ineficacia relativa del acuerdo homologado y el pago integral del crédito.— VII. Dos medidas concursales inéditas: el pago de los intereses posconcursoales y la opción de cobro en moneda extranjera.

I. Introducción

El precedente que anotamos fue dictado por la Sala “F” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial *in re* “Fundación Educar s/ concurso preventivo”, en el cual se ha otorgado una nueva “tutela concursal diferenciada”, esta vez, en favor de una niña que fuera víctima de abuso sexual cuando tenía tan solo dos años de edad en el establecimiento educativo de la ahora concursada, un hecho tan singular como extremo.

La naturaleza de los derechos en juego y de quien demanda la tutela determina que sea otorgada bajo una doble ponderación de los

derechos vulnerados, en cuanto se trata de una niña y de una víctima de violencia de género.

A tenor de las normas constitucionales y de derecho interno que garantizan los derechos involucrados se revoca el fallo de primera instancia que denegara la tutela solicitada, y se ordena la “reparación integral de la acreencia de la menor K. M.” declarando la “ineficacia relativa” del acuerdo homologado a su respecto, pero sin otorgarle privilegio.

Y para hacer efectivo el pago integral del crédito insinuado se articulan varias medidas, algunas similares a las dispuestas en otras tutelas al declararse la inoponibilidad del acuerdo homologado respecto del crédito de la menor, siendo inaplicables los arts. 55 y 56 de la LCQ. Y se adoptan otras medidas que resultan inéditas, al ordenarse el pago de los intereses posconcursoales dejándose sin efecto lo previsto en el art. 19 LCQ y al dársele la opción de cobro del crédito en moneda de curso legal o moneda extranjera.

Esto se da en el marco de un concurso preventivo que a su vez presenta notas muy particulares, siendo que el único acreedor con derecho a voto fue AFIP y el acuerdo homologado responde a sus pautas reglamentarias que determina que no haya quita, lo que tampoco no resulta usual.

(*) Abogada especialista en concursos. Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas, Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral de Rosario. Profesora de Derecho de Insolvencia y de Títulos Valores en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora de Derecho Concursal y Títulos Valores en la Facultad de Derecho de la PUCA, Rosario. Profesora del Posgrado de Sindicatura Concursal de la UNR. Profesora del Posgrado de Sindicatura Concursal de UCEL, Venado Tuerto. Profesora de la “Maestría de Derecho Privado” y de la “Maestría de Derecho Privado Intensivo” de la UNR. Profesora del Posgrado de Sindicatura concursal de la Facultad de Ciencias Económicas de Paraná, Entre Ríos (UNER).

Estamos así ante el dictado de una nueva “tutela diferenciada” tan justa como inédita, en sus circunstancias fácticas y en el alcance de sus disposiciones, como veremos.

II. Las tutelas concursales diferenciadas

Las “tutelas diferenciadas”, conocidas como “acreedores involuntarios”, comprenden a aquellos acreedores que quedaron vinculados con un deudor insolvente por razones ajenas a su voluntad, los cuales han sido víctimas de un accionar antijurídico del deudor, que les ocasionara un daño grave en su salud, en su vida, en su integridad física o psicológica, como se da en el caso (1).

Las tutelas han sido otorgadas por los magistrados frente casos tan extremos como excepcionales y ante la falta de respuesta de la ley concursal para estas situaciones, siendo que estos créditos no cuentan con un tratamiento diferenciado y quedan sometidos a las reglas de reparto o de cobro concursales.

El dilema que así se presenta radica en que estos derechos humanos involucrados son de rango quirografario, sin preferencia ni prelación temporal de cobro, por lo cual se recurre a normas de rango constitucional para poder hacer efectiva su tutela

Y la tutela a brindar dependerá del marco concursal en el cual se arbitren, sea en un concurso preventivo o en una quiebra, como se ve reflejado en los pronunciamientos dictados. En el concurso preventivo con diversos matices y argumentos se declaran inoponibles los efectos del acuerdo homologado respecto del acreedor, adelantándole el pago de la cuota concordataria (2) u ordenando el pago integral del crédito insinuado (3). Mientras que en la quiebra se

otorgan a estos créditos un privilegio autónomo, especial y con prioridad de pago, como en los casos que llegaran a la Corte.

Y al otorgarlas los jueces ponderan los principios de “conservación de la empresa” a fin de que el giro de la explotación de la concursada no se vea afectado y de “protección del crédito” contemplando el pago de los demás créditos concurrentes, a través de los informes de las sindicaturas. Reparos que suelen expresarse cuando se desplazan las reglas concursales en favor de una tutela.

Si bien sabemos que es una balanza de intereses muy difícil de equilibrar en el marco de la escasez concursal, como siempre decimos las tutelas han sido siempre soluciones excepcionales frente a casos extremos, como aquí se plantea.

A esta problemática se le suma una arista más, por los pronunciamientos encontrados de la Corte Suprema en los dos casos que llegaron a su tratamiento. Siendo que frente a los mismos derechos involucrados e idénticas circunstancias fácticas (niños víctimas de mala praxis en el alumbramiento y con incapacidad absoluta) sentó criterios contrapuestos, con escasa diferencia temporal y bajo una diversa integración.

En noviembre del año 2018 en “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia” (4) la Corte rechaza la tutela solicitada al considerar que el régimen de privilegios concursales es un sistema cerrado y de interpretación restrictiva, y en marzo del año 2019 en “Institutos Médicos Antártida” (5) la otorga la reconociendo un “privilegio especial y preferente en su pago” al amparo de las normas constitucionales.

(1) MICELLI, María Indiana, "Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios", LLLitoral 2011, 01/02/2011, Sección Doctrina, TR LALEY AR/DOC/139/2011.

(2) SCBA, Ac. 92.938, "González, Feliciano c. Micrómbus General San Martín SAC s/ incidente de verificación tardía", 05/04/2006. LLBA 9-2004; Juzgado de 1ª Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 7ª Nominación de Rosario, "González Marcelo E. c. sociedad Beneficencia Hospital Italiano Garibaldi s/ incidente de verificación de créditos", CUIJ: 21-02851313-3. Protocolo del juzgado.

(3) Juzgado 1ª Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Rosario, Resolución 597,

28/09/2021, "Fernández, Franco Benjamín c. Concurso Preventivo Ipam SA s/ verificación de crédito", con comentario de MICELLI, María Indiana, "Una nueva tutela concursal diferenciada. 'Concurso Preventivo Centro Médico Ipam'", LLLitoral, Supl. nro. 2/2022, TR LALEY AR/DOC/316/2022.

(4) CS, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros", 06/11/2028, TR LALEY AR/JUR/56326/2018.

(5) CS, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)", 26/03/2019, TR LALEY AR/JUR/1632/2019.

Estos criterios encontrados se ven reflejados en el caso anotado, ya el juez del *a quo* siguiendo lo sentado en “Asociación Francesa” rechaza el privilegio y la inoponibilidad del acuerdo solicitada por la acreedora, la cual a su vez funda sus derechos siguiendo los parámetros sentados en “Institutos”.

Situación que de manera similar ya se ha planteado en otros concursos y seguramente se seguirá planteando hasta tanto se unifique el criterio.

III. Las circunstancias fácticas que determinan la tutela

Cuando analizamos un precedente en materia de tutelas, entendemos necesario partir de las circunstancias fácticas que determinaron su dictado y que fueran ponderadas por los magistrados momento al otorgarlas, ya que se trata de situaciones extremas y excepcionales que merecen un tratamiento concursal diferenciado.

En el caso, el hecho antijurídico que da lugar al crédito insinuado no escapa a dichos parámetros ya que se trata de una niña que fuera víctima de abuso sexual cuando tenía tan solo dos años de edad, dentro de la institución educativa en el año 2008. Este hecho aberrante es perpetrado por personal de maestranza dependiente de la institución, dando lugar al proceso civil y a la condena por la indemnización de los daños en favor de la menor K. M.

Bajo estas circunstancias se otorga la tutela, atendiendo la naturaleza de los derechos en juego y quien lo demanda, en su calidad de niña y mujer víctima de abuso, lo que determina que el caso deba ser juzgado con perspectiva de género.

Y el caso presenta una nota común con las tutelas que llegaran ante la Corte, ya que estamos ante los derechos de “personas hipervulnerables”, niños y niñas víctimas de hechos ilícitos, que afectaran el desarrollo de su vida, su integridad física y psicológica. Todo lo que no puede dejar de ser ponderado al momento de determinar el alcance y extensión de sus derechos dentro del proceso concursal.

IV. Las particulares notas del concurso preventivo de “Fundación Educar”

Así como son singulares los hechos que dieron lugar a la tutela también son muy particu-

lares las notas que se presenta el concurso, en donde el único acreedor con derecho a voto fuera el Fisco y que determina por ende que la propuesta homologada consista en el pago del 100% de los créditos verificados, lo que no resulta usual.

La “Fundación Educar”, titular de dos establecimientos educativos, solicita su concurso preventivo en el año 2016 alegando entre las causas de su cesación de pagos el incremento de cánones locativos pactados en moneda extranjera, la devaluación de la moneda nacional, la quita de subsidio estatal y por la traba de las medidas cautelares ordenadas en el expediente tramitado en sede civil por la menor. Y una vez abierto el concurso, la primera medida que solicita es el levantamiento de estos embargos.

Atento que el único acreedor verificado y con derecho a voto fue AFIP la categorización y propuesta de acuerdo estuvo efectuada en función de la normativa que rige a su respecto, dado por la RG 3587/14 y RG 3857/16. La propuesta de acuerdo en consecuencia consistió en el pago del 100% de las acreencias quirografarias y privilegiadas, en 72 cuotas mensuales y consecutivas, y con una tasa de interés del 2,03%, mensual sobre saldos.

Se decreta la existencia acuerdo con el voto del Fisco y se homologa el acuerdo en el año 2018, quedando novadas las deudas y con efecto a todos los acreedores concurrentes, a tenor de lo dispuesto por el art. 55 LCQ y art. 56 LCQ.

Surge del fallo que sumado al crédito fiscal, el pasivo concursal se integra con los cinco acreedores cuya causa son las condenas dictadas en el proceso de daños de la menor y que representan el 93,96% del pasivo. Mas dos acreedores quirografarios vinculados a la concursada y que ingresan al cobro como revisionistas, “Pezzi” y “Escuela Argentina General Belgrano SRL.” O sea, un total de 8 acreedores de los cuales 5 que representan la casi totalidad del pasivo tienen como causa el crédito de la menor.

Se desprende, así, que la presentación en concurso de “Fundación Educar” tuvo como fin el licuar la indemnización acordada a la menor KM al someter el crédito a las reglas concursales y obtener el levantamiento de las cautelares trabadas sobre sus cuentas.

Esto evidencia un ejercicio abusivo y antifuncional del remedio concursal siendo que claramente no tuvo como finalidad la “conservación de la empresa” sino evitar el pago integral de esta condena. Y a la par, un posible *concilium fraudis* de los acreedores revisionistas que habiendo transcurrido dos años no se presentaron al cobro de sus cuotas concordatarias, dato que evidencia que no se trataría de acreencias reales.

Nótese, que bajo las pautas del acuerdo homologado que no contempla quita bien podría considerarse que se está ante un pago “integral” del crédito de la menor. Sin embargo, si se contempla el tiempo de espera de cinco años y la aplicación de intereses exiguos, sumado a la suspensión de intereses (art. 19 LCQ), es lo que en definitiva termina licuando su monto y determina la declaración de inoponibilidad a su respecto.

En suma, los hechos en concreto relatados evidencian un concurso preventivo con un único propósito evitar el pago integral del crédito de la menor y levantar las cautelares trabadas, objetivos que no logra la concursada hasta esta instancia procesal.

V. El marco normativo

El plexo normativo bajo el cual funda el pronunciamiento parte de las normas contenidas en los instrumentos internacionales y en las nacionales que garantizan los derechos involucrados en el caso, desde un doble orden tuitivo siendo que como vimos se trata de los derechos de una niña y de una víctima de violencia de género.

En el ámbito de las normas constitucionales, como sucede en las tutelas otorgadas donde se encuentran involucrados derechos humanos de niños se parte principalmente de los tratados internacionales que los garantizan como la “Convención sobre los Derechos del Niño”, que dispone que se debe atender al “interés superior del niño”. Con el consiguiente compromiso los Estados Partes a asegurar su protección y cuidados necesarios, protegiéndolos de cualquier forma de abuso físico o mental, incluido el sexual, debiendo adoptarse las medidas necesarias a tal fin.

Y teniendo en cuenta el hecho que origina la tutela se aplica la normativa de prevista en la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” y

la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará”.

Aquí adquiere relevancia lo dispuesto en la “Convención de Belém do Pará”, que contempla expresamente la violencia sexual perpetrada por cualquier persona que tenga lugar dentro de instituciones educativas, como se da en el caso. Teniendo los Estados Parte la obligación de establecer los mecanismos judiciales necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación, justos y eficaces, como el aquí ordenado.

En el ámbito del derecho interno, atendiendo a las particularidades del caso, se aplica la ley 26.061 de “Protección integral de los derechos del niño” y la ley 26.485 de “Protección integral de mujeres”, ambas leyes de orden público.

La ley 26.061 tiene por objeto “la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, derechos que deben ser asegurados en su máxima exigibilidad y sustentados en el principio superior del niño (art. 1°). Se dispone que los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2°). Teniendo el Estado la responsabilidad y del deber de controlar y garantizar el cumplimiento de estos derechos, implicando prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas o privadas (art. 5). Debiendo adoptarse las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (art. 29).

A tenor de esta normativa se desprende de que estamos ante derechos irrenunciables e intransigibles que no pueden ser objeto de negociación, siendo deber de los jueces de hacer efectivo su cumplimiento

La ley 26.485 tiene como fin erradicar cualquier forma de violencia contra las mujeres, sea violencia física o psicológica, debiendo los organismos del Estado garantizar a las mujeres los derechos, en cualquier procedimiento judicial o

administrativo, y el derecho a una respuesta oportuna y efectiva.

Cabe destacar que ambas leyes protegen los derechos aquí involucrados sin necesidad de tener que recurrir a la normativa constitucional para poder brindar la tutela. Más allá de que las normas contenidas en dichas convenciones son plenamente operativas y habilitan el control de constitucionalidad y convencionalidad por los jueces incluso de oficio, tal como se pone de resalto en el fallo. Criterio, que también cabe destacar, ha sido propiciado y vertido por la representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Boquín, al solicitar la tutela al amparo de la normativa reseñada.

El pronunciamiento se sustenta además en la propia la normativa del Código, partiendo del diálogo de fuentes (arts. 1° y 2° Cód. Civ. y Com.) y aplicando el derecho a la “reparación plena del daño” dispuesta en el art. 1740 Cód. Civ. y Com. y en el art. 1738 Cód. Civ. y Com. que dispone que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimo de la víctima, de su integridad personal, su salud psicológica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida, aplicable especialmente en el presente caso.

Toda esta normativa plasmada tanto en los instrumentos legislativos internacionales como nacionales determina el deber de hacer efectivos estos derechos en juego siendo el deber de los jueces garantizar su cumplimiento. Y es lo que determina la tutela con los alcances y efectos ordenados.

VI. La solución adoptada en el caso: la ineficacia relativa del acuerdo homologado y el pago integral del crédito

Bajo las circunstancias fácticas relatadas y el marco normativo citado, se revoca el decisorio del *a quo* y se otorga la tutela en favor de la niña K. M. al considerarse que el crédito tiene calidad de “intangibles” y al ser derechos “irrenunciables e intransigibles”. Se desplaza la normativa concursal al devenir inconstitucional en el caso.

Cumpliendo el principio de “reparación plena” se declara la inoponibilidad de los efectos del acuerdo preventivo homologado respecto del crédito de la menor quien mantiene sus

derechos como si el concurso no existiere a su respecto. En consecuencia, se deja sin efecto la novación concursal (art. 55 LCQ) y el alcance de los efectos del acuerdo homologado (art. 56 LCQ), sumado a la inoponibilidad de la suspensión de intereses, del art. 19 LCQ.

Con lo cual se habilita a percibir íntegramente la indemnización acordada en sede civil, pero sin otorgarle el privilegio solicitado al entenderse que la modificación de la calidad del crédito no determina ninguna diferencia o beneficio para esta.

Este pago integral se arbitra, en suma, con las siguientes medidas: se paga la totalidad del crédito verificado sin quita (que el acuerdo homologado en sí no contempla); se paga sin espera (que el acuerdo contempla en el plazo de 5 años); se pagan los intereses devengados con posterioridad a la presentación del concurso preventivo y con la tasa ordenada en sede civil (deja de lado la tasa fiscal fijada en el acuerdo); y se da la opción de cobro que podrá efectivizarse en moneda de curso legal o en moneda extranjera.

Lo cual marca una diferencia con las tutelas hasta ahora otorgadas en concursos preventivos con acuerdos homologados. En donde también se declara la inoponibilidad del acuerdo frente al acreedor, con diversas variantes como vimos, pero sin la posibilidad de cobro de intereses posconcursoales y sin opción de cobro en moneda extranjera.

Se disponen así dos medidas que resultan inéditas no solo en materia de tutelas sino también en materia concursal y que presentan sus aristas problemáticas, como analizaremos.

VII. Dos medidas concursales inéditas: el pago de los intereses posconcursoales y la opción de cobro en moneda extranjera

Hemos visto que a fin de lograr la “reparación integral” de la acreencia verificada, entre las medidas ordenadas por el *ad quem* se declara la inoponibilidad del art. 19 LCQ permitiéndose el cobro de los intereses devengados con posterioridad a la presentación del concurso y se da la opción de cobro en moneda extranjera, alterándose de esta forma dos reglas concursales.

En primer lugar, se deja de lado la “cristalización de los intereses” efecto previsto en el art. 19 LCQ que dispone que la presentación en concurso produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, sean intereses legales, judiciales o convencionales, se trate de acreedores quirografarios o privilegiados. Regla que contempla dos excepciones: los créditos prendarios e hipotecarios y los créditos laborales.

En este punto el argumento radica en que al detraerse los intereses posconcursoales devengados se licua el monto de la indemnización acordada a la menor. Por lo que, se le permite cobrar los intereses posteriores y conforme a la tasa fijada en la condena civil, dejándose de lado la tasa de interés prevista en el acuerdo homologado conforme pautas fiscales, por considerarse exigua. Queda así doblemente excepcionado el crédito verificado.

En segundo lugar, se le permite efectivizar el cobro del crédito en moneda de curso legal o moneda extranjera, otra medida también inédita del pronunciamiento y que cuenta con la disidencia del Dr. Lucchelli, sin expresar su fundamento. Lo que entendemos fue dispuesto en razón de que las sumas embargadas son en ambas monedas, existiendo fondos suficientes para ser cancelado el crédito en cualquier especie. Y se dispone que, en caso de optarse por cobrarse en dólares estadounidense, la conversión a moneda nacional habrá de efectuarse con la adición del 30% del impuesto país (ley 27.541).

Al analizar esta última medida nos planteamos dos objeciones. Primero, en razón de que la conversión de las deudas en moneda extranjera en moneda de curso legal prevista en el art. 19 LCQ es al solo efecto del cómputo de las mayorías, siendo provisoria. Aunque por efecto de la libertad concordataria puede bien pactarse su pago en la moneda de origen, lo que como sabemos no resulta usual en los concursos. Ninguna de estas circunstancias se da en el caso, ya que el crédito se verifica en pesos y el acuerdo homologado, aunque luego inoponible, es también en pesos.

Y segundo, porque incluso de haberse propuesto el pago en moneda extranjera el concursado tiene derecho a liberarse en moneda de curso legal. Es que el art. 765 del Cód. Civ.

y Com. establece que la obligación de dar moneda sin curso legal se considera como de “dar cantidades de cosas”, pudiendo el deudor liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. Esta norma aplicable en el concurso determina que el deudor puede liberarse pagando “en pesos” aún en el caso que el acuerdo se haya previsto el pago en otra moneda. Con lo cual, no resulta razonable ni justificada la opción de cobro otorgada.

Ahora bien, bajo una mirada crítica e inclusive pensando en una instancia recursiva podría esgrimirse que ambas medidas son *contra legem*, al desplazar normas concursales que resultan imperativas para todo acreedor concurrente. Es que este crédito cuyo rango “quirografario” no fuera modificado se encuentra en principio sujeto a estas reglas comunes, obviamente más allá de las particularidades que presentan estas acreencias y que ameritan su tratamiento diferenciado. Piénsese, en el marco de cualquier otro concurso con decenas o centenas de acreedores de aplicarse estas mismas reglas en favor de una tutela. En este escenario, en donde el único acreedor con derecho a voto y que decide el acuerdo es el Fisco, sumado a los dos acreedores de dudosa legitimidad, este problema claramente no se plantea.

Por nuestra parte, entendemos que en el caso resulta razonable y se justifica que no se suspenda el curso de los intereses a fin de poder hacer efectiva la reparación integral del crédito de la menor, siendo que los números vertidos en el fallo dan muestra de ello. Pero resulta sí difícil de justificar la opción de cobro en moneda extranjera dado que el pago integral se puede lograr en moneda de curso legal, existiendo fondos cautelados suficientes para ello. Medidas que seguramente serán motivo de recurso y de agravio por la concursada.

Como corolario, creemos que más allá de cualquier eventual reparo que pueda formularse a la solución adoptada, estamos ante un pronunciamiento justo ante un caso tan singular como extremo en sus circunstancias.

Y como expresamos al inicio y así titulamos nuestra anotación, es una tutela concursal diferenciada, efectiva, integral y con perspectiva de género, que como siempre celebramos.

Perspectiva de género y proceso concursal

Carlos E. Ribera (*)

Sumario: I. Palabras preliminares.— II. Antecedentes del caso.— III. Sujetos vulnerables amparados por Tratados Internacionales.— IV. Principios fundamentales del Cód. Civ. y Com.— V. El pronto pago.— VI. Jurisprudencia sobre acreedores concursales vulnerables.— VII. Conclusiones.

I. Palabras preliminares

Con motivo de la decisión de la Sala F de la CNCom. en autos "Fundación Educar" (1) se ha reanimado el debate respecto a si el crédito de las personas vulnerables tiene preferencia al cobro en los procesos concursales, motivo por el cual hemos sido invitados a participar en la presente publicación sobre dicho tema en particular.

Adelantamos que en el supuesto decidido por la Alzada se trata de un crédito extracontractual pues proviene de una indemnización por los daños irreparables causados por abuso sexual sufrido por una niña en el establecimiento educativo de propiedad de la concursada.

En la fundada decisión de la Alzada y del dictamen de la Fiscal de Cámara, se hace un detenido repaso de los derechos constitucionales aplicables a las personas vulnerables o acreedores involuntarios (2), los principios fundamen-

tales del Cód. Civ. y Com. y la inoponibilidad de alguno de los efectos concursales al crédito de dichas personas.

Si bien el tema de los acreedores vulnerables frente a los concursos ha sido abordado por los tribunales, ocupándose incluso de ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). La jurisprudencia nacional Comercial ha hecho un completo análisis de los derechos humanos en juego como son la vida y la salud, en este caso la cuestión cobra actualidad porque se analiza el planteo desde la óptica de la violencia de género que padeció una menor, asunto sobre la cual no había antecedentes y que por lo tanto merece un análisis en especial.

II. Antecedentes del caso

Para una mejor comprensión del conflicto mencionaremos algunos datos del proceso con-

(*) Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto de Derecho Comercial (UBA y Univ. de San Andrés). Director del Instituto de Derecho Concursal de San Isidro.

(1) CNCom., Sala F, "Fundación Educar s/ concurso preventivo", 15/12/2021, causa N° COM-23177/2016.

(2) Coinciden los autores que estos acreedores son aquellos cuya causa del crédito es extracontractual, como puede ser los que se ven afectados por infortunios personales u otros daños (accidentes de tránsito, mala praxis médica, consumidores, etc.): ALEGRIA, Héctor, "Aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia", LA LEY, 2008-F, 1134; DASSO, Ariel Gustavo, "El Derecho Concursal de hoy", LA LEY, 2009-B, 921; VAISER, Lidia, "Los acreedores involuntarios en la ley concursal y en la doctri-

na de la Corte Suprema de Justicia", LA LEY, 2010-C, 816"; PARELLADA, Carlos A., "El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal", LA LEY, 2009-C, 905; MICELLI, María Indiana, "Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios", LLLitoral, 2011 —febrero—, p. 30; BARREIRO, Marcelo G.; TRUFFAT, E. Daniel, "El acreedor involuntario", RDPyC, 2013-2. "Concursos. Actualización - I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 241 y ss.; BARACAT, Edgar J., "Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario", LA LEY, 2014-B, 90; GRAZIABILE, Darío J., "Privilegio general para los acreedores involuntarios", Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2011-2, Privilegios, Rubinzal Culzoni, p. 321. El derecho concursal español reconoce a los acreedores involuntarios el rango de privilegio general (DASSO, "El derecho concursal...", ob. cit., ps. 1/5; GRAZIABILE, "Privilegio general...", ob. cit., p. 323 y ss.).

forme surgen de la resolución de la Cámara y del dictamen fiscal.

Se trata del caso de una niña que a los dos años de edad (año 2008) fue víctima de abuso sexual en el instituto educativo por un empleado de la concursada, habiendo sido fijada una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (3). También se reconoció indemnización a favor de los padres.

Previo a que finalizara el juicio civil el establecimiento demandado se presentó en concurso preventivo (03/11/2016) y manifestó que era titular de dos colegios más.

En el año 2017, se verificó a un solo acreedor, la AFIP, parte del crédito como privilegiado general y parte como quirografario (\$ 343.181,51). Se fijaron estas dos categorías (resolución de categorización: 02/08/2017).

Tramitan también dos incidentes de revisión y tres de verificación tardía (uno de la AFIP (\$ 363,27, con privilegio general y \$ 18.557,49 como quirografario) y dos por honorarios profesionales de los letrados que intervinieron en el juicio civil).

La propuesta de acuerdo homologada, conforme a las reglamentaciones fiscales aplicables (RG 3587/14 y 3857/16), consistió en el pago del 100% de todos los créditos privilegiados y quirografarios en cuotas durante 5 años y con un interés mensual sobre saldos del 2,03%. Se manifestó que la propuesta homologada se hará extensiva a todos los acreedores admisibles reconocidos mediante el incidente de revisión, para los créditos quirografarios eventuales o para los que soliciten verificación tardía.

Como el juicio civil se encontraba en trámite el crédito de la menor y sus padres fueron reconocidos con carácter eventual y no se computaron para el acuerdo ni participaron de su negociación.

(3) CNCiv., Sala M, "A., C. H. y otro c. Fundación Educar s/ daños y perjuicios", 01/07/2020, expte. N° 35421/2014.

Una vez que la sentencia de indemnización estuvo firme los actores (padres e hija), embargaron dos depósitos bancarios de la demandada (plazo fijo por USD 80.786,67 y una cuenta única por \$ 24.448.530,70).

Luego solicitaron la verificación definitiva, pidieron la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales y que el crédito fuera reconocido como "privilegio autónomo" (crédito verificado de la menor: \$ 9.784.352,50, capital más intereses).

En primera instancia el pedido fue rechazado y verificado como quirografario, limitando los intereses hasta el momento de la presentación en concurso.

La decisión fue apelada por la familia, el Ministerio Fiscal y la Asesoría de Menores quienes solicitaron la revocación de la resolución.

La sala F de la CNCom. modifica la decisión apelada declarando el crédito de la niña "de carácter intangible e inoponibles los efectos concursales a su respecto, ordenándose su pago íntegro en los términos explicitados y una vez acaecido dicho extremo, disponer el desembargo de las cuentas judiciales requerido por la concursada". Las costas se impusieron por su orden, por la originalidad del caso.

Cabe aclarar que el Dr. Rafael F. Barreiro, si bien compartió la solución propuesta por la mayoría (Dres. Alejandra Tevez y Ernesto Lucchelli), interpretó que en el crédito de la niña debía:

- declararse la inconstitucionalidad de la suspensión de los intereses (art. 19), la novación y oponibilidad del acuerdo homologado (arts. 54, 55 y 56) y del régimen de privilegios (arts. 239, párr. 1°; 241; 242 parte general; 243 parte general e inc. 2°, todos de la LCQ);

- asignarse al crédito el carácter de "privilegio autónomo" con derecho a cobro preferente con relación a los demás acreedores concurrentes y a los que en el futuro se pudieran incorporar al pasivo concursal;

- procederse al pago íntegro e inmediato a la menor "sin sujeción a los términos del acuerdo homologado, sin que se dedujeran los intereses".

III. Sujetos vulnerables amparados por Tratados Internacionales

A partir de la reforma constitucional de 1994 se ha reconocido el principio de primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, lo que se ha dado en llamar “Bloque Constitucional” (art. 75 inc. 22 CN) (4).

La Constitución menciona varios tratados de aplicación obligatoria a los sujetos vulnerables que tienen jerarquía constitucional y superior a las leyes (5) (inc. 22), disponiendo que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos recono-

(4) BORETTO, Francisco, "El fenómeno de la 'Constitucionalización' del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial", RDCO 256, 01/09/2012, 341, p. 4, Cita online: TR LALEY AR/DOC/9455/2012; BRITOS, Cristina, "El rol de la constitucionalización en el derecho internacional privado actual, desde la mirada del nuevo Código. Civil y Comercial, y el resplandor del control de convencionalidad", RCCyC 2015 (octubre), RCCyC 2015 (diciembre), p. 245, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3256/2015. Los Tratados se aplican: "a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación). b) No derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución. c) Sólo pueden tomarse como complemento de los derechos y garantías constitucionales para la interpretación de los mismos. Tanto es así que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales había redactado un proyecto por el que daba primacía absoluta a los tratados por sobre el derecho interno, es decir que establecía el suprainternacionalismo. Pero fue cambiado por el texto del art. 75, inc. 22 vigente. Éste, obviamente, tiene una redacción muy distinta a la del proyecto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales." Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la supremacía de la CN, suscripto por los Dres. Juan Carlos Cassagne Académico Secretario y Alberto Rodríguez Galán Académico Presidente, del 25 de agosto de 2005. CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coord.), "Código Civil y Comercial, comentario, anotado y concordado", Astrea - Ed. Notarial, 2015, t. I, p. 6.

(5) Con relación al tema que nos ocupa cabe mencionar los siguientes tratados: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y la Convención sobre los Derechos del Niño.

cidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad..." (inc. 23).

Estos valores constitucionales e instrumentos internacionales han sido receptados por los redactores del Cód. Civ. y Com., tal como veremos más adelante, al decir que “el nuevo código no es una codificación hermética, sino una ley muy abierta” (6) que debe ser tenida en cuenta por los magistrados al momento de decidir.

En la resolución judicial que comentamos y en el dictamen fiscal se invocan diferentes tratados reconocidos por ley que protegen expresamente los derechos de las niñas y mujeres víctimas de la violencia de género, por ello mencionaremos sus directivas.

i. La ley 24.632 (1996) que aprueba la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” de Belém do Pará (Brasil 1994) dispone que:

- por “violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica” (art. 2°), son deberes de los Estados Partes “adoptar medidas jurídicas...que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (inc. d, art. 7°), y

- “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (inc. g, art. 7°) (7).

ii. La Cámara también aplicó la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los Derechos de las

(6) BOGGIANO, Antonio, "El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado", LA LEY 08/05/2015, p. 1.

(7) MEDINA, Graciela, "Juzgar con perspectiva de género ¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?", www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf; SPAGNOLO, Lucía, "La protección de las mujeres y juzgamiento con 'perspectiva de género' en los procesos concursales", Univ. Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, t. I: Instituciones y Principios Concursales, 2021, p. 225.

Niñas, Niños y Adolescentes” (8) en la cual se dispone que:

- “Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño” (art. 1°).

- “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles” (art. 2°).

- “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” (art. 3°).

- “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida” (art. 8°).

- “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral” (art. 9°).

iii. Cabe agregar lo dispuesto en la Observación General N° 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el interés superior del niño, lo que debe ser una consideración primordial en general para las autoridades y en particular para los tribunales.

(8) Reglamentada por el dec. 415/2006. SOLARI, Néstor E., “Un principio con jerarquía constitucional: el interés superior del niño”, DFyP 2010 [abril], 27; Cita online: TR LALEY AR/DOC/1163/2010.

iv. También se citó la ley 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones interpersonales” (2009) que garantiza los derechos a:

- “a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) La salud, la educación y la seguridad personal; c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) Que se respete su dignidad; e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; g) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; h) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley; i) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; j) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización” (art. 3°).

- “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes” (art. 4°).

- “Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, entre los diferentes tipos de violencia contra la mujer la violencia “Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres” (art. 5°).

- “Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten” (art. 16).

v. Además la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (1948), establece como principio básico la protección por igual a hombres y mujeres (art. 1°).

vi. La ley 23.054 que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) dispone que los Estados Partes se comprometan a proteger:

- “[l]a integridad personal de las personas y también su integridad física, psíquica y moral” (art. 5°), y

- que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

vii. Ley 23.313 que aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York-1966), establece que:

- “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado” (art. 5.2).

- “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (art. 10-3).

- “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12).

viii. La ley 23.849 que reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), asegura el reconocimiento y cumplimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes dispone que:

- “Todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá primordialmente el interés superior del niño” (art. 3.1).

- “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” (art. 19).

- Debe reconocerse al “niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” (art. 23-1; cc. arts. 23-2, 24-1, 24-2-b).

ix. Por su parte el Comité la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer mediante la Recomendación General N° 19 del 11° período de sesiones, año 1992, propone que:

- “Los Estados Partes adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, entre ellas: i) medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo” (punto 24, t-i).

- “Los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la debida diligencia para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización a las víctimas” (punto 9).

x. La ley 13.298 de la prov. de Buenos Aires que tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños garantizando el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal, establece (9):

- “En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 4° *in fine*);

- “Los derechos y garantías de todos los niños reconocidos y consagrados en esta ley son inherentes a la persona humana, en consecuencia, son: a) De orden público; b) Irrenunciables; c) Interdependientes entre sí; d) Indivisibles” (art. 12).

xi. Además, con la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados mediante la ley 19.865 el estado firmante:

- no puede “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”;

- impone a los órganos del Estado argentino reconocer primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria (art. 27).

Recordemos que es una garantía de todos los habitantes de nuestra República la tutela judicial efectiva, pero primordialmente de aquellos en estado de vulnerabilidad. Por ello el interés superior del niño cobra especial importancia y exige adoptar soluciones que permitan el ejercicio pleno de sus derechos, por ser un imperativo constitucional.

Por último, en cuanto a los antecedentes legislativos de las personas vulnerables no puedo dejar de hacer una breve referencia respecto a las personas mayores adultas y con discapacidad.

En cuanto a las primeras el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores dispone su protección y el aseguramiento

(9) En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires v. art. 3 de la ley 114.

to del pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor (arts. 3°, 6°, 12, 12 v, 12-e, 18, 19, 23, 29 y 31).

Respecto a las segundas, personas con discapacidad, la ley 26.378, de jerarquía constitucional (cfr. ley 27.044; art. 75 inc. 22 CN), aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York-2006), por la cual los Estados Partes se han comprometido a promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar que gocen de plena igualdad ante la ley (arts. 1°, 4°, 5°, 10, 17, 25, 26 y 27). El tema de la discapacidad es completado la ley 26.657 sobre Derecho a la Protección de Salud Mental.

La Fiscal y los magistrados de la Sala C interpretaron la ley aplicando dichos instrumentos internacionales de jerarquía suprallegal (art. 75, inc. 22 CN).

La doctrina especializada ha dicho, en cuanto al sistema de los privilegios concursales frente a los derechos constitucionales, que “no caben dudas de que lo que hasta ayer era considerado un ‘orden cerrado’ ha dejado de serlo, y se ha abierto paso —con gran fuerza— a un sistema ‘poroso’ que deja atrás la estabilidad que el mencionado sistema poseía para delinear un tiempo en el cual la inestabilidad gobernará —de momento— esta cuestión” (10).

Ello permite aceptar que el régimen de los privilegios concursales no es autosuficiente o cerrado, sino que recepta otros ordenamientos legales, como son los que tienen jerarquía constitucional.

En otras palabras, el Dr. Barreiro en su voto dijo: “Bajo esas directivas, que imponen el inmediato e íntegro acceso a la indemnización fijada— y por razón de las demás reflexiones que se han incorporado hasta aquí, puede considerarse que el juzgamiento de la evidente tensión entre las disposiciones concursales —con

(10) VÍTOLO, Daniel Roque, “La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un ‘orden cerrado’ estable a un ‘orden poroso’ inestable”, ED, [267], 05/04/2016, nro. 13.928, 2016.

carácter sustancial y específicas, que contienen un esquema cerrado de unificación de los privilegios— y los derechos de la niña K., apreciada mediante la estricta aplicación del diálogo de fuentes, puede superarse prudentemente en este particular caso con sujeción al interés superior de niños y niñas”. Por ello el mencionado magistrado propuso, por las particularidades del caso, la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la LCQ respecto a la detención del cómputo de los intereses y además que el crédito de la niña quedara fuera de los límites del régimen de novación y oponibilidad del acuerdo homologado (arts. 54 al 56, LCQ).

IV. Principios fundamentales del Cód. Civ. y Com.

La Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. receptó la constitucionalización del derecho privado (11), como quedó de manifiesto en los Fundamentos del Anteproyecto, cuando hizo referencia a “la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Así, en el Título Preliminar el art. 1° se incorpora como fuentes y aplicación al derecho la CN, y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, estableciendo que

(11) LORENZETTI, Ricardo L., "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la CS", LA LEY, 1993-D, 673; ALFERILLO, Pascual E., "El proceso de constitucionalización del derecho civil", Rev. UCES, <https://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/49>; MARTÍNEZ, José Ignacio, "Nuevo Código Civil y Comercial, constitucionalización del Derecho Privado y control de convencionalidad de oficio: el juez argentino como primer garante de los derechos humanos", LLBA, diciembre 2015; TAMBUSSI, Carlos Eduardo, "Consumidores, usuarios y la constitucionalización del Derecho Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina", <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.936>.

las leyes civiles aplicables a los casos que rige este Código lo sean “conforme con la CN” (12).

En cuanto a los tratados de derechos humanos se trata de normas superiores a las leyes internas (cfr. arts. 31 y 75, inc. 22 CN), que tienen por fin proteger bienes fundamentales de las personas, como ser el derecho a la vida, a la integridad física, etc.

El art. 2° del Cód. Civ. y Com. complementa el tema disponiendo que el ordenamiento jurídico debe ser interpretado como un todo coherente, apartándose de la interpretación exclusivamente exegética, otorgando al juez facultades para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema, debiendo tener en cuenta lo que surge de los tratados sobre derechos humanos.

Como se advierte al interpretar la ley el juez debe considerar todos los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, y en particular con los principios y garantías de la CN y tratados de derechos humanos. Caso contrario podría destruir tales garantías fundamentales o tornarlas inoperantes.

No se trata de prescindir de lo que dice la ley, sino de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico y de la aplicación efectiva de los derechos humanos en juego que son obligatorios (13).

La aplicación de la ley de manera rigurosa puede que no sea coherente ni sistemática como exige el art. 2° del Cód. Civ. y Com. con los derechos constitucionales, lo que puede amparar equivocadamente el ejercicio abusivo de los derechos individuales (art. 10 Cód. Civ. y Com.).

A su vez el art. 3° del Cód. Civ. y Com. establece que “[e]l juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”, y agregamos que la decisión judicial no cumple con tal exigencia si no hace una interpretación de las

(12) RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial comentado", comentario de Rabbi-Baldi Cabanillas de los arts. 1 al 3, Ed. La Ley, 2015.

(13) LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), Código "Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal Culzoni, t. 1.

normas de rango constitucional en juego y solo tiene en cuenta las disposiciones de la legislación concursal.

No se puede dejar de mencionar que el art. 10 del Cód. Civ. y Com. esclarece que el abuso del derecho es el que “contraría los fines del ordenamiento jurídico” y que en estos casos “[e]l juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva...”, tema sobre el cual volveremos.

Las decisiones jurídicas deben cumplir con las reglas que imponen los arts. 1º al 3º del Cód. Civ. y Com. para ser razonablemente fundadas (14).

Para completar el panorama legal cabe mencionar que el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. dispone que “[l]a reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...”

Este principio a la reparación plena responde al concepto de la que es justa, entendiéndose por tal la que ubica al reclamante, dentro de lo posible, en una situación equivalente a la que se encontraba si no hubiera acontecido la violación del derecho.

Es difícil que, en el caso comentado, pese a la indemnización, la niña víctima de la violencia de género pueda retornar a la situación anterior la agresión. Pero algo es claro y es que con la sentencia de primera instancia se diluye el crédito y aleja mucho más a la menor de reconocerse sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta los principios de los arts. 1º al 3º del Cód. Civ. y Com. la Cámara destaca que el magistrado se limitó a aplicar el régimen de los privilegios concursales sin tener en cuenta, es decir interpretarlo armónicamente, la legislación que ampara los derechos humanos de niña víctima, además de desatenderse de las particulares circunstancias del caso.

La Fiscal de Cámara dijo que en primera instancia no se habían considerado las disposicio-

(14) Ibidem.

nes de orden público que surgían de las leyes 26.061 y 26.485, ni los convenios internacionales que garantizan los derechos de la víctima, lo cual pone de manifiesto “un desconocimiento por parte del juzgador, del propio texto de las normas legales antes referidas que reconocen una atención prioritaria para el mismo. De este modo con la sentencia recurrida se licúa la indemnización reconocida a la menor en sede civil, limitándola en su alcance y extensión”. Luego se agrega que “[e]l juez de grado no consideró que la misma tenía una directa relación con el derecho a la vida en condiciones de dignidad e integridad, no implicando un mero interés pecuniario”.

V. El pronto pago

El art. 16 de la LCQ establece: “Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras” (ref. de la ley 26.684).

La aplicación de este texto puede dar lugar a interpretaciones encontradas. Por un lado y con criterio restrictivo puede sostenerse que solo se aplica a créditos laborales, pero con una perspectiva amplia también puede admitirse que la norma ampara no solo a los trabajadores sino también, como en este caso, al acreedor vulnerable, atendiendo a las circunstancias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras (15).

Por ello, opinamos que el juez concursal podría haber dado solución al reclamo de la niña reconociendo el pronto pago.

Desde ya que no se trata de admitir como regla general que todo menor acreedor tiene derecho

(15) CNCom., Sala C, “La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otros s/ quiebra s/ incidente de verificación por Rocha, Mercedes del Tránsito”, 08/02/2018. JUNYENT BAS, Francisco, “Alrededor de las principales directrices de la reforma al estatuto concursal por la ley 26.684”, Rev. de la Facultad de Derecho, Univ. de Córdoba, vol. III nro. 1 Nueva Serie II (2012); FRICK, Pablo D. - JAIME, Rodrigo E., “El pronto pago ante el concurso preventivo concluido y la quiebra sobreviniente”, LA LEY, 10/05/2018, Cita online: TR LALEY AR/DOC/128/2018.

al pronto pago, sino solo cuando las circunstancias del caso lo justifican, como en el presente que se trata de la indemnización a favor de una niña víctima de un abuso sexual, cuando está destinado para “cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras” (art. 16 LCQ).

Además, si el texto legal ofrece dudas en la interpretación debe hacerse conforme a la situación del caso particular, al fin de la ley, a las consecuencias que puedan derivarse de una determinada solución al caso (16) y a los derechos humanos constitucionales afectados.

Como se ha dicho, puede sostenerse *prima facie* que el legislador concursal, con esta reforma, se hizo cargo del fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado” y concedió expresamente el beneficio del pronto pago a los “acreedores involuntarios” (17).

VI. Jurisprudencia sobre acreedores concursales vulnerables

A continuación, haremos referencia a los antecedentes de la jurisprudencia respecto a los créditos de las personas vulnerables en los concursos, reconociéndoles el pago preferente o privilegio autónomo (18).

i. El primer antecedente es “González, Feliciana” (19). Se trataba de una mujer de 77 años que sufrió un accidente cuando viajaba en un colectivo de la empresa (1992) que luego solicitó su concurso (1999). Una vez homologado el

(16) ALEGRIA, Héctor, “Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal”, Sup. CyQ 2004 (septiembre), 13, Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales, t. I, 741, LA LEY, 2004-E, 723, Cita online: TR LALEY TR LALEY AR/DOC/1990/2004.

(17) BORETTO, Francisco, ob. cit.

(18) Sobre el tema de los acreedores laborales consultar: CSJN, “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”, 26/03/2014, LA LEY, 2014-C, 191, IMP 2014 (junio), p. 267, DJ 8/10/2014, p. 35, donde se aplicó lo dispuesto en el art. 14 bis de la CN, el Convenio 173 de la OIT ratificado por la ley 24.285, Recomendación N° 180 y el Convenio N° 95 también de la OIT.

(19) CACC San Isidro, Sala I, “González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín s/ inc. verificación tardía”, 18/05/2004, voto de la Dra. Graciela Medina.

acuerdo que consistía en el pago del 40% de los créditos quirografarios en 18 cuotas anuales, la víctima obtuvo sentencia y solicitó que se “contemplara el pronto pago” por su edad, la incapacidad del 40 % que le dejaron las secuelas del accidente y que su reclamo judicial por daños había demorado 11 años. En primera instancia se hizo lugar con fundamento en normas constitucionales, disponiendo que el crédito fuera pagado con la quita homologada, pero sin la espera del acuerdo de 18 años, lo cual fue confirmado por la Cámara sanisidrense.

La concursada interpuso recurso extraordinario por inaplicabilidad de ley y la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires (SCBA) analizó la aplicación de los principios constitucionales y de los tratados internacionales aplicables, llegando a la conclusión, que no había razón alguna para que determinada ley [LCQ] soslayara el orden jerárquico constitucional (20).

ii. En autos “Persini” en trámite ante el concurso de Racing Club la Cámara confirmó la procedencia del pronto pago solicitada por una acreedora por su edad avanzada (85 años), pues el pago del crédito en el lapso de cuatro años, se

(20) SCBA, Ac. 92.938, “González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín SAC. Incidente de verificación tardía”, 05/04/2006. GRAZIABILE, Darío J., “¿Inconstitucionalidad del acuerdo homologado?”, LLBA 9-2004. TRUFFAT, Daniel E., “La cuestión apremiante de los ‘acreedores involuntarios’ en los concursos”, ED, 232-921, 2009. BARREIRO, Marcelo G. y TRUFFAT, Edgardo Daniel, “Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal”, LA LEY, 2008-A, 714; GURFINKEL-UZANDIZAGA, “Los acreedores involuntarios en el derecho concursal”, <http://www.gurfinkelusandizaga.com.ar/interes.php>. DASSO, Ariel A., “El acreedor involuntario: el último desafío al Derecho Concursal, conferencia dictada en el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Mendoza, 2009; VAISER, Lidia, “Un fallo tan querible como acertado”, Revista de Derecho Concursal, Ed. Zeus, t. III, p. 231 y ss. En contra: TRUFFAT, E. Daniel, “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo, con motivo de un fallo tan querible como erróneo”. Suplemento de Concursos y Quiebras, LA LEY, 02/11/2004; DEFRADESCO, Gerónimo M. y VILLOLDO, J. Marcelo, “Ponencia presentada en las IX Jornadas Rioplatenses de Derecho, 20, 21 y 22 de octubre de 2005”, San Isidro: “El juez concursal no detenta facultades para crear excepciones al principio de igualdad de los acreedores”, en especial referencia al caso “González, Feliciana c. Microómnibus General San Martín SA”.

argumentó, hubiese importado probablemente la no percepción de este. Además, el Tribunal tuvo en cuenta que la suma adeudada podía considerarse afectada a gastos de subsistencia. Cabe mencionar que el crédito era por el reclamo de alquileres, expensas comunes y facturas de servicios impagos.

El Órgano Fiduciario Administrativo interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y la SCBA, por mayoría, confirmó el pago anticipado a la acreedora (21).

iii. En el caso "Obra Social Bancaria Argentina", se trataba del crédito de un menor de edad discapacitado por una indemnización por mala praxis médica (22).

Los padres solicitaron el pronto pago y la declaración de inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales, pero en primera instancia se declaró al crédito como quirografario.

La Sala D de la CNCom., revocó la decisión y dispuso que el crédito debía gozar de la preferencia pretendida, sin que ello importe dejar de lado los privilegios concursales.

El Tribunal tuvo en cuenta la incorporación a nuestra legislación de la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y citó la ley 23.849 (cfr. art. 75 inc. 22 CN), que otorgó operatividad al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. la ley 26.061).

iv. La justicia nacional comercial en autos "Obra Social del Personal Gráfico" (23) también reconoció el pedido de pago directo de un cré-

dito por educación especial a un menor de edad con síndrome de Down.

La Alzada, conforme a la ley 24.091 dijo que debía gozar de la preferencia pretendida o "mejor derecho", sin que ello importe dejar de lado los privilegios concursales.

Mediante una interpretación armónica e integral recordó que debía tenerse en cuenta la incorporación a nuestra legislación de la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con rango constitucional superior a las leyes, para lo cual citó la ley 23.849 (cfr. art. 75 inc. 22 CN), que otorgó operatividad al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. la ley 26.061 cit.).

v. La Sala C de la Justicia Comercial en "La Economía Comercial" también reconoció el beneficio de pronto pago en los términos del art. 16 de la LCQ a una acreedora debido a su edad (más de 80 años), que el crédito derivaba de un accidente de tránsito causado por quien se hallaba asegurado por la fallida y que no contaba con recursos económicos. La Alzada afirmó que "todo eso la coloca en un estado de vulnerabilidad que el tribunal no puede soslayar, máxime si se atiende a que, por la magnitud del proceso de liquidación, la expectativa de cobro en los términos usuales habría de insumir un tiempo que hoy no puede siquiera ser estimado" (24).

vi. El tema también ocupó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (SCJN).

En un primer caso, "Asociación Francesa", por mayoría, hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto y confirmó la sentencia que había revocado el fallo de primera instancia que declaraba la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, verificando a favor del acreedor un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, por lo cual

(21) SCBA, "Persini, Ada Susana. Incidente de revisión en autos Racing Club. Concurso preventivo", 17/06/2009, causa C. 98.731.

(22) CNCom., sala D, "Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por Ramírez, Celia y otro", 01/10/2013, anotado por Francisco Junyent Bas y Sofía Giménez, Cita online: TR LALEY AR/DOC/4231/2014.

(23) CNCom., sala B, "Obra Social del Personal Gráfico s/ concurso preventivo s/ incidente art. 280 LCQ Instituto Armonía de Educación Especial de Adriana M. Urrerepon y otros", 28/12/2015, fuente: SAIJ, ficha Nro.: 000069479.

(24) CNCom., sala C, "La Economía Comercial SA de Seguros generales y otro s/ quiebra s/ incidente de verificación por Tules, Yolanda Erminia", 10/05/2018; LLOnline: TR AR/JUR/22249/2018. En este fallo se cita como antecedente de la misma Sala "La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otros s/ quiebra s/ incidente de verificación por Rocha, Mercedes del Tránsito", 08/02/2018.

asignando a dicho crédito por indemnización por mala praxis médica el carácter de quirografario y dejó sin efecto el pronto pago. La decisión fue adoptada por los Dres. Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti, votando en disidencia los Dres. Rosatti y Maqueda (25).

Es decir, que en esta oportunidad no se reconoció el privilegio invocado.

vii. Poco tiempo después, en un caso muy similar, "Institutos Médicos Antártida", la Corte Federal nuevamente abordó el tema adoptando una solución contraria, ello porque se cambió la integración del Tribunal ante la excusación del Dr. Carlos Rosenkrantz y en su reemplazo intervino la Dra. Graciela Medina (26).

Aquí también se trataba de un crédito proveniente de una indemnización por mala praxis médica, que le había ocasionado al nacer al menor una parálisis cerebral total e irreversible, además de otras lesiones gravísimas.

Solicitado que el crédito se reconociera como privilegiado y que se declarara la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales, así fue resuelto.

Aquí se hizo una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico, conforme lo dispone el art. 2° del Cód. Civ. y Com., en particular los derechos humanos a la vida, salud e integridad física (arts. 14 y 75, inc. 22 de la CN) y a los Tratados Internacionales aplicables de jerarquía constitucional.

Resaltó que el derecho a la salud integra el derecho a la vida, que debe ser garantizado mediante la realización de acciones positivas para tutelar situaciones de vulnerabilidad como la del caso que tocaba decidir por lo que era necesario ofrecer una satisfactoria protección jurídica al incidentista "que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que

(25) CSJN, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", 06/11/2018, comentado por JUNYENT BAS, Francisco A. - MARCOS, Fernando J., "Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del acreedor involuntario", LA LEY, 2019-A, 337; Cita online: TR LALEY AR/DOC/187/2019.

(26) CSJN, "Institutos Médicos Antártida" s/ quiebra, s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.), 26/03/2019.

no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la protección —todavía útil— del derecho dañado".

La Dra. Medina llega a la conclusión que las normas concursales referidas a los privilegios "no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la particular situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales de este acreedor involuntario, menor de edad y discapacitado en extremo, lo cual lo torna doblemente vulnerable", por lo que debía declararse inconstitucional el régimen de los privilegios, ello sin desconocer el carácter restrictivo aplicable al instituto, pero que en el caso tenía prioridad poner atención en la tutela de los intereses superiores de la comunidad en general.

viii. Síntesis:

Conforme a los fallos citados la mayoría de la jurisprudencia reconoció la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos a los créditos invocados por las personas vulnerables en los procesos concursales mediante el reconocimiento del pago prioritario, pronto pago e incluso declarando la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios.

Pero como hemos visto, para crear mayor incertidumbre hay dos fallos contradictorios de la Corte Federal uno con la integración de los jueces titulares que desconoció el pago preferencial y otro que reconoció el derecho, pero con otra integración del Tribunal. Ambos casos fueron decididos por diferencia de un voto.

La doctrina en este tema también está dividida (27).

(27) El reconocimiento de los derechos constitucionales de los acreedores vulnerables ha suscitado comentarios de los concursalistas a favor y en contra. Entre los primeros: JUNYENT BAS, Francisco, "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LA LEY, 2007-E, 552, comenta el fallo de primera instancia; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Otra muestra del 'derecho privado constitucional': la Constitución avanza sobre los privilegios concursales", Suplemento de Concursos y Quiebras (septiembre de 2004); BOQUIN, Gabriela Fernanda, "Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19", DECONOMI, año III, nro. 3

En nuestra opinión, aun cuando en materia de privilegios la interpretación es de carácter restrictiva y su origen es exclusivamente legal (art. 2574 Cód. Civ. y Com.), compartimos la solución que reconoce derecho al pago prioritario a algunos créditos que, pese a no estar mencionados en la Ley de Concursos, se trata de casos particulares en los que están en juego derechos humanos esenciales.

A nuestro entender, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por la solución correcta aplicando los tratados de derechos humanos, como en este caso que comentamos, que no pueden ser

(Pandemia y Emergencia Empresarial); YUBA, Gabriela, "El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables", SJA 22/05/2019, 22/05/2019, 32, DFyP 2019 (junio), 28/06/2019, 215, FyP 2019 (agosto), 08/08/2019, 172, LLOnline: AR/DOC/1301/2019; SIMÓN, Nicolás Alberto, "¿Quiénes son los acreedores involuntarios del concurso? Su relación con el 'súper pronto pago'", Revista Derecho y Salud, año 4, nro. 5, pp. 239-252; DI CHIAZZA, Iván G. - GIANNESCHI, Carlos J., "Vulnerabilidad de la persona vs. créditos privilegiados. La situación de los acreedores involuntarios en la quiebra", LA LEY, 2019-A, 254; AR/DOC/48/2019; GERMANO, Violeta, "Una mirada del régimen de privilegios concursales desde una perspectiva de género", Univ. Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, t. I: Instituciones y Principios Concursales, 2021, p. 243; ROCCA, Luján Liliana, "¿Desembarco de los DDHH en los procesos concursales argentinos? Crisis de los principios e institutos concursales. Insolvencia y derechos humanos", VIII, Congreso Argentino de Derecho Concursal, VI Congreso Iberoamericano de la insolvencia, Tucumán, 5, 6, 7 de septiembre de 2012. Comisión 5, www.editorialjuris.com. En contra: GRAZIABILE, ¿Inconstitucionalidad...", ob. cit.; TRUFFAT, "La cuestión apremiante...", ob. cit.; DEFRANCESCO-VILLOLDO, "Ponencia presentada en las IX Jornadas Rioplatenses de Derecho...", ob. cit.; RICHARD, Efraín H. y FUSHIMI, Jorge F., "Acreedores hipervulnerables de una sociedad concursada o en quiebra: ¿problema de los acreedores o de los socios?", Univ. Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, t. I: Instituciones y Principios Concursales, 2021, p. 257; OLMO, Juan Pablo - SCASSERRA, Selene I., "Mezcla rara de infancia, discapacidad, privilegios concursales, acreedores involuntarios y conjuces. ¿Qué justicia queremos?", SJA 22/05/2019, 22/05/2019, 19, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1439/2019; BORETTO, Francisco, "El fenómeno de la 'Constitucionalización' del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial", RDCO 256, 1/9/2012, 341, p. 4, Cita online: TR LALEY AR/DOC/9455/2012; CAPDEVILA, Guillermo H. (h.) - PALAZZO, Carlota, "Una solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias", JA 2020-I, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3499/2019.

soslayados mediante disposiciones como el régimen cerrado de los privilegios de la legislación concursal (cfr. leyes 26.061 y 26.485) (28).

Mediante la adhesión a los instrumentos internacionales citados y ratificados por ley nuestro país se ha obligado a establecer los mecanismos judiciales necesarios con el fin de "asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces" (art. 7° ley 24.632), fin que, conforme lo dice la Cámara, no cumplió la sentencia de primera instancia.

El tema debe ser analizado con los principios centrales de igualdad, perspectiva de género y de derechos humanos, porque es deber de los magistrados ejercer sus funciones con tal interpretación con el fin de evitar intervenciones que impliquen revictimización.

En su voto la Dra. Tevez, luego de comparar los créditos de la indemnización y costas del proceso civil con al total del pasivo verificado, dijo que los primeros superaban el 90 % del total del pasivo quirografario. Y agregó: "Ello permite razonar que el remedio concursal al que acudió Fundación Educar estuvo dirigido sustancialmente a afrontar los pasivos derivados de dicho pleito evitando hacer efectivo el íntegro pago de la acreencia de mayor monto establecida en cabeza de K. M. Este aspecto, tal como fuera desarrollado precedentemente, afecta sustancialmente los intereses de la menor al vulnerar su derecho a la reparación plena; circunstancia que —adicionalmente— importa un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado. Recuérdese que, en el análisis del abuso del derecho, en el ámbito concursal, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en uso de sus prerrogativas, ha contrariado la finalidad económico social de este que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino también definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores (CSJN, 330:883). Y ella resulta naturalmente ne-

(28) RAMÍREZ BOSCO, Lucas, "El fin del sistema cerrado de privilegios de la LCQ ante los principios jurídicos", RDCO 273, 961, Cita online: TR LALEY TR AR/DOC/5301/2015.

gada en el caso cuando la merma que pretende imponerse a K. M., luego de trece años de haber sido víctima del abuso sexual, afecta derechos reconocidos en tratados internacionales. Es ello lo que permite conjeturar una eventual utilización desviada de este régimen de excepción hacia un fin distinto del perseguido por la ley” (29), sin que al hasta el momento haya una respuesta judicial firme equitativa que reconozca de manera rápida y eficaz su derecho inalienable (art. 10 cit. del Cód. Civ. y Com.).

Los antecedentes reseñados del caso y las palabras transcriptas anteriormente ponen de manifiesto que en este supuesto la institución deudora utilizó el proceso concursal abusivamente y con el único objeto de licuar el pago de las indemnizaciones fijadas y embargadas.

Esta conducta es contraria al proceso universal porque desvirtúa sus fines y desmerece el instituto concursal, afectando los derechos fundamentales de la niña víctima de la agresión cometida hace más de 13 años y su derecho a la reparación plena.

Tanto los autores como la jurisprudencia se han ocupado extensamente de los acuerdos abusivos (art. 10 del Cód. Civ. y Com. y art. 52 inc. 4° de la LCQ) (30).

(29) En autos "Institutos Médicos Antártida...", la Dra. Medina en su voto dijo: "Para finalizar, no puedo dejar de expresar el profundo dolor que siento como mujer de derecho y magistrada, al ver que este joven, ha transitado toda su niñez, su adolescencia y parte de su vida adulta, esperando una respuesta judicial definitiva que no llega, mientras su salud se deteriora. Tengo claro que la intervención de este Tribunal, no ha sido más que otro escalón en un larguísimo proceso, pero eso no hace que me sienta menos mal. Todos los operadores judiciales deberíamos sentarnos unos momentos a reflexionar sobre este tipo de situaciones y replantearnos el rol de cada uno, para evitar que se repitan. Ojalá este pronunciamiento lleve un poco de paz a la víctima y a sus familiares, y contribuya a que pueda obtener la mejor calidad de vida posible por el resto de su existencia".

(30) VÍTOLO, Daniel R., "Un reiterado y saludable freno de la Corte a los acuerdos preventivos abusivos y en fraude a la ley", LA LEY, 28/10/2009, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3937/2009; VAISER, Lidia, "El abuso de derecho en los procesos concursales", Cita online: TR LALEY TR LL 0003/009987; RICHARD, Efraín Hugo, "Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley", LA LEY del 06/08/2014, 1, LA LEY, 2014-D, 1029, Enfoques 2014 (septiembre), 100,

Por otra parte, el colega de Sala, el Dr. Barreiro, agregó: "Pretender ampararse en un régimen legal, como es el sistema de los privilegios concursales, que fue diseñado en base a la disputa de derechos patrimoniales que cuentan también con protección constitucional, no puede significar el desplazamiento de principios especiales de protección, asentados en la eliminación real de la desigualdad y la indignidad en el trato".

Cuando la aplicación literal de ley reproduce injusticias, sin duda los jueces deben dar una respuesta que evite aumentar el perjuicio sufrido, para lo cual cuentan con la legislación que reconoce la protección de los derechos humanos de modo eficiente, en particular cuando se trata de personas vulnerables.

Además, debe tenerse en cuenta que en estos casos los tiempos procesales causan mayores perjuicios respecto a personas que más deben ser protegidas.

El principio *pro homine* dispone que debe aplicarse la norma que mejor proteja a la persona humana (31).

Recordemos respecto al acceso a la justicia de las personas vulnerables que en la exposición de motivos de las "Reglas de Brasilia" se reconoce que la dificultad para garantizar eficacia de los derechos se incrementa "cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad" (32).

Por ello los jueces no pueden hacer "como si" estas dificultades no existieran, sino que, como se lee en la exposición de las Reglas, "el propio sistema de justicia puede contribuir de forma

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2438/2014; JUNYENT BAS, Francisco, "El abuso del derecho y la arbitrariedad del acuerdo concursal. A propósito de las directrices de la Corte Federal en la causa Sociedad Comercial del Plata-concurso preventivo", LA LEY año 5, nro. 1178, 23/11/2009; entre otros. Jurisprudencia: CSJN, "Arcángel Maggio SA s/ conc. prev.", 15/03/2007, LLOnline: TR LALEY 35010751; idem., "Sociedad Comercial del Plata SA y otros s/ concurso preventivo", 20/10/2009, Cita online: TR LALEY 35010751.

(31) ALTERINI, Atilio Anfbal, "El principio pro homine", RCyS 2011-II, Tapa, Cita online: TR LALEY AR/DOC/146/2011.

(32) La CSJN adhirió a las Reglas de Brasilia mediante Ac. 5/2009, Expte. 821/2009, del 24/02/2009.

importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social” (33).

Si bien en el fallo de la Cámara y en el dictamen de la Fiscal Dra. Gabriela Boquín se citan diversos antecedentes de Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede complementar con aquel que dijo que “el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”; y agregó: “Poca utilidad tiene que el estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”. “Todas estas obligaciones resultarían incumplidas, los derechos se verían frustrados, su prevalencia, prioridad y máxima exigibilidad se convertirían en letra muerta, de mantenerse la resolución recurrida” (34).

La interpretación que haga el juez debe compatibilizar los derechos fundamentales con la legislación concursal. Como se ha dicho, ello es producto de la cultura de la Posmodernidad y la especificación de los Derechos Humanos, que han dado paso del derecho moderno al derecho posmoderno.

Compartimos la opinión de quien sostiene que con la reforma constitucional de 1994 y la sanción del Cód. Civ. y Com. los paradigmas concursales han cambiado adecuando las reglas procesales a los derechos de fondo y aumentando las atribuciones de los jueces (35).

(33) "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4/6 de marzo de 2008.

(34) CIDH, Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador", sentencia Fondo, Reparaciones y Costas del 26/03/2021, p. 113.

(35) FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "Atribuciones del juez concursal en la posmodernidad", XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Univ. Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2021; aut. cit., El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico, JA SJA el 03/02/2021, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3958/2020.

Debe sumarse a lo expuesto que, en estos casos, como se ha dicho, la apreciación debe encararse desde una “perspectiva de género”, lo que permite “hacer efectivas en la realidad de los casos judiciales las mandas de las convenciones y recomendaciones internacionales referidas a la tutela de este sector vulnerable de la sociedad” (36).

VII. Conclusiones

Conforme a lo expuesto podemos mencionar nuestras conclusiones sobre el fallo comentado:

- La interpretación de la ley concursal requiere adaptarse a los derechos humanos fundamentales reconocidos en todo el Bloque de Constitucionalidad, especialmente cuando se trata de sujetos vulnerables.

- La decisión judicial que se adopte en un caso que por sus circunstancias particulares justifiquen apartarse de una interpretación cerrada de los privilegios concursales, debe tener fundamento en la adecuada protección de los derechos constitucionales en juego.

- El juez concursal debe evitar que una interpretación cerrada de los privilegios torne inoperantes a los tratados de derechos humanos que tutelan a las personas vulnerables reconocidos por nuestra CN (37).

- Las soluciones que se adopten en estos casos debe limitarse a sus circunstancias especiales sin que puede derivar en criterios generales.

- El pronto pago reconocido en el art. 16 párr. 11° de la LCQ es aplicable al crédito de los acreedores vulnerables siempre que por las particularidades del supuesto esté destinado a “cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras”.

(36) FAPPIANO, Oscar L., "Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación", LA LEY del 01/12/2020, 6, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3719/2020; FERNÁNDEZ, Patricia, "La perspectiva de género en las resoluciones judiciales", La Ley, Gran Cuyo, año 26, febrero 2021, LLOnline: AR/DOC/122/2021; MEDINA, "Juzgar con perspectiva de género...", ob. cit.; SPAGNOLO, "La protección de las mujeres...", ob. cit.

(37) ROCCA, "¿Desembarco de los DDHH ...", ob. cit.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

DOCTRINA

La adquisición Disney-Fox en la ley 27.442 de Defensa de la Competencia

“Simba, algún día todo esto será tuyo”

Gonzalo M. Nazar de la Vega (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Análisis del dictamen y la resolución.— III. Examen de la operatoria.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

La Defensa de la Competencia es un campo de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí. Conceptualizada de esa manera, puede ser diferenciada de otros mecanismos de regulación de carácter directo, que intentan limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas a través de intervenciones específicas del estado en la determinación de ciertas variables económicas (precios, cantidades, estándares de calidad, entre otros) (1).

En el ámbito de la Defensa de la Competencia, se halla el control estructural y se relaciona con las operaciones que modifican la composición de un mercado, es decir, las participaciones relativas de cada empresa (2). La herramienta más relevante del control estructural en la mayoría de los países del mundo es el proce-

dimiento de autorización y control previo de las operaciones de concentración económica (3).

En ese contexto cabe analizarse las operaciones como la presentada para su autorización el 19 de marzo de 2019 ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (también, CNDC o Comisión) por Walt Disney Company (Disney) y Twenty-First Century Fox Inc. (Fox).

Esa operación ha adquirido bastante atención en varios países, lo cual se explica en la notoriedad mundial de las empresas involucradas y la actividad que realizan, lo que se refleja en los números de la operatoria a nivel global (4).

Como se verá a continuación, en nuestro país el estudio de la operación ha tenido ciertas particularidades que se advierten en la reciente resolución del secretario de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo 11/2022 que, sustentada en el dictamen de la CNDC (5),

(*) Abogado, UBA. Magíster en Derecho y Economía, Universidad Torcuato Di Tella. Docente en Contratos Civiles y Comerciales, UBA. Ex becario, Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia. Subsecretario Letrado, Procuración General de la Nación.

(1) WISH, Richard y BAILEY, David, "Competition Law", Oxford University Press, año 2012, 7ª ed., ps. 3 y 4.

(2) D'AMORE, Marcelo D., "Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual", Ed. B de F, Buenos Aires, argentina, 2015, p. 79.

(3) COLOMA, Germán, "Defensa de la Competencia - Análisis económico comparado", Ed. Ciudad Argentina, 2ª ed., 2009, p. 18.

(4) De acuerdo con las resoluciones de los organismos de competencia de Estados Unidos (Department of Justice), y la Unión Europea (Comisión Europea), la operación en su conjunto y globalmente finalmente alcanzó los USD 71.300 millones.

(5) Si bien el art. 18 de la ley 27.442 prevé la creación de "la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder

impuso ciertos condicionamientos para la aprobación de la operación, la cual se analizará a continuación.

II. Análisis del dictamen y la resolución

II.1. La operación notificada

De la resolución surge que la operación implica una adquisición del control exclusivo de Disney sobre Fox, la cual también contempla la transferencia de estudios de TV y cine, redes de entretenimiento por cable y negocios de TV internacional de Fox.

En cuanto a los requisitos legales que llevan a que esta operación deba ser notificada ante la autoridad de competencia, se señala que constituye un supuesto de concentración económica previsto en el art. 7º, inc. c, de la ley 27.442 (6). Este contempla genéricamente a cualquier operatoria que signifique “la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre sí misma” (7).

Ejecutivo Nacional”, de modo similar a lo que preveía el art. 17 de la predecesora 25.156 respecto del Tribunal de Defensa de la Competencia, al día de hoy, ante la omisión administrativa de su puesta en funcionamiento, la CNDC hace de organismo técnico especializado que dictamina e instruye, y una Secretaría del Poder Ejecutivo Nacional (por ejemplo, Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor o Secretaría de Comercio) actúa como la autoridad con competencias decisorias.

(6) Como es sabido, para que exista la obligación de notificar una operatoria, la misma debe estar contenido en uno de los cinco supuestos previstos en los incisos del art. 7 de la ley 27.442 y, además, cumplir con los umbrales económicos establecidos en el art. 9 de la misma ley.

(7) Sin perjuicio de ello, no surgen del dictamen un análisis concreto de los instrumentos jurídicos mediante los cuales se llevó a cabo dicha operación. En el examen que hacen los organismos de competencia de México, Estados Unidos y la Unión Europea explican de modo más específico que la operatoria incluye diversos activos, unidades de negocios y participación en otras empresas, a través de empresas del grupo económico. Esto en principio, implicaría que la notificación de la operación podría haberse incluido en el supuesto del inc. d del art. 7 de la ley 27.442. No obstante, es posible que el negocio jurídico en nuestro país haya tomado un medio jurídico diferente mediante el cual, para la autoridad de aplicación haya optado por circunscribirlo solo en el inc. c. De todas maneras, esta situación no implica un elemento de esencial importancia a los fines del análisis

Asimismo, indica que la operación alcanza los umbrales económicos previstos en el art. 9º de la ley, en tanto el volumen de negocios de las firmas afectadas supera la suma correspondiente a cien millones de unidades móviles (8), monto que, al momento de efectuarse la notificación, equivalía a dos mil millones de pesos.

A su vez, sintetiza que ambas empresas constituyen importantes conglomerados que se encuentran activos en diversas actividades de medios de comunicación y entretenimiento. A nivel internacional, se dedican principalmente a la producción, distribución y licenciamiento de contenido audiovisual (9) por diversos medios como televisión, salas de cines, entre otros, la producción y comercialización de señales de televisión y el licenciamiento de derechos a fabricantes de productos de consumo (10). En ese

económico de la operación, en tanto solo constituye solamente un requisito para determinar la obligación de notificar la operación a la autoridad de aplicación.

(8) Las “unidades móviles” son un monto variable que se actualiza en forma anual en función de la evolución del índice de precios al consumidor (índice IPC).

(9) Vale precisar que el contenido audiovisual refiere a aquel que necesariamente contiene audio y video.

(10) Dictamen de la CNDC, aps. 74 a 76. Disney es una empresa global y diversificada de entretenimiento, activa en la producción y distribución de películas para su exhibición en salas de cine, distribución/licenciamiento de contenido audiovisual (incluyendo contenidos para TV y radio), la operación y comercialización de número reducido de señales de TV, la distribución/licenciamiento de derechos a fabricantes de productos de consumo y la provisión de entretenimiento en vivo (incluyendo espectáculos teatrales). Por su parte, Fox realiza operaciones en los siguientes segmentos: (a) Programación para Distribución por Cable (Cable Network Programming): produce y licencia programación de noticias, noticias empresariales, deportes, entretenimiento en general, entretenimiento de información y películas para su distribución principalmente a través de sistemas de TV por cable, operadores de transmisión directa vía satélite, compañías de telecomunicaciones y distribuidores de videos online en Estados Unidos e internacionalmente; (b) Televisión; (c) Películas de Entretenimiento: comprende la producción y adquisición de películas de acción en vivo y dibujos animados para su distribución y licenciamiento en todos los formatos y todos los medios de entrenamiento a nivel global, y la producción y licenciamiento de programación televisiva a nivel global; y (d) Otros, Corporativo y Eliminaciones (other, corporate and eliminations). Para mayor detalle ver tabla n 1 de “Comparación de las actividades de las empresas afectadas (compradoras y objeto) en Argentina” en punto IV del dictamen CNDC.

sentido, Disney y Fox son competidores directos en distintos eslabones de la cadena de valor de la industria audiovisual.

II.2. Los mercados involucrados en el sector audiovisual

Las empresas se encuentran activas en los distintos eslabones de la cadena de valor del sector audiovisual en nuestro país.

El primer eslabón de la actividad económica (aguas arriba) es la producción, esto es, la formación y composición de contenidos audiovisuales que van a ser transmitidos a los consumidores finales. Para esta tarea, se contrata el personal necesario, como actores y escritores, para la creación de programas televisivos, películas, series, entre otros **(11)**.

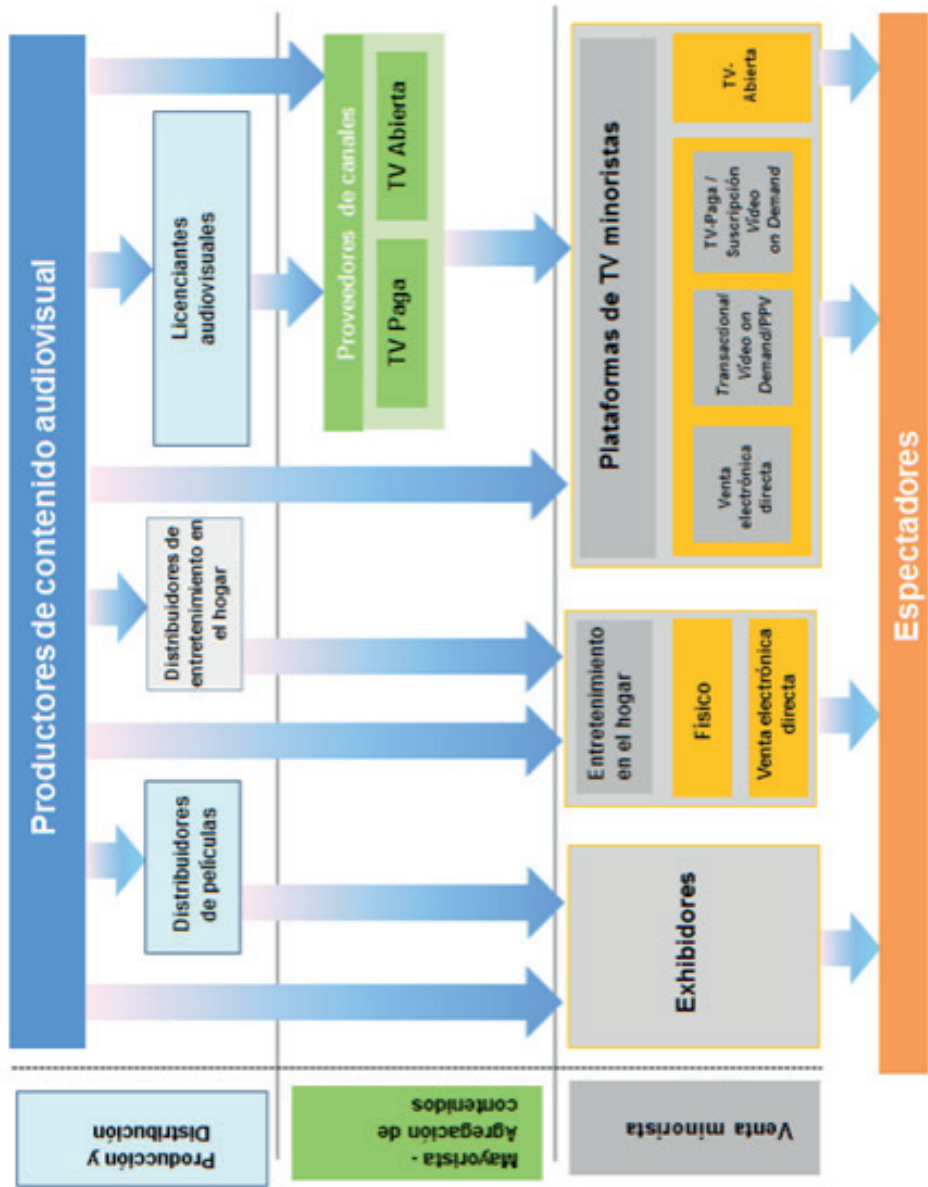
(11) Esta actividad contiene tres etapas, la preproducción, la producción propiamente dicha y la posproducción. Para más información ver "Regulation (EC) No 139/2004, Merger Procedure: COMP/M.6791 - The Walt Disney Company / Lucasfilm/" disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6791_20121220_20310_3165989_EN.pdf.

De acuerdo con lo que señala la CNDC, el contenido audiovisual es distribuido (aguas abajo) a través de diferentes vías o formatos para que llegue finalmente a los consumidores finales. En ese sentido, dependiendo del tipo de contenido audiovisual, puede ser exhibido, por ejemplo, en salas de cine, emitido en video para el hogar o presentado a través de distintas opciones, tales como señales de televisión (paga o abierta) y servicios digitales *on demand*. Cada uno de los segmentos mencionados constituye una "plataforma de consumo", es decir, un instrumento a través del cual se distribuyen contenidos audiovisuales al consumidor. A cambio del contenido audiovisual, puede ser que los consumidores finales realicen pagos directos o que se haga una explotación publicitaria del contenido **(12)**.

Para una mayor claridad, se reproduce el cuadro contenido en el dictamen que describe la cadena de valor del sector audiovisual **(13)**.

(12) Párrs. 80 y 81, dictamen CNDC.

(13) Gráfico N° 1.



La CNDC remarcó que, sin perjuicio de que en el sector audiovisual en general operan una multiplicidad de actores, existen tres agentes económicos principales que componen ambas cadenas productivas: las productoras, las distribuidoras y licenciatarias y, por último, los exhibidores cinematográficos y distribuidores de señales de TV (14).

Sobre esa base, la Comisión señaló que los contenidos audiovisuales llegan a los usuarios finales a través de distintos distribuidores que utilizan distintos soportes técnicos y distintos modelos de negocios (15). En todos los casos, estos distribuidores deben adquirir los derechos para su transmisión a los productores de los contenidos.

II.3. Análisis y consideraciones de la CNDC

II.3.a. Mercados involucrados en la operación

En un primer análisis, la Comisión consideró que existe un solapamiento de actividades en diversos segmentos de la cadena audiovisual:

(i) distribución de películas para su exhibición en salas de cine;

(ii) distribución y licenciamiento de contenido audiovisual para TV y entretenimiento en el hogar;

(14) Similarmente en la res. SC 8/2015, "Hoyts General Cinema South America Inc. y Cinemark Argentina Holdings Inc. s/ Notificación art. 8 de la ley 25.156" entre otros.

(15) El apartado 87 del dictamen CNDC explica que la transmisión al usuario final (distribución minorista) de los contenidos audiovisuales son los siguientes: (i) salas de cine, para algunos contenidos audiovisuales (películas); (ii) servicios de televisión paga, dentro de los cuales se observan distintos tipos de formato de las señales, a saber: (a) señales básicas, usualmente incluidas en la grilla inicial del distribuidor de señales; (b) señales que incluyen contenidos premium, que generalmente se pagan como adicional al abono básico o inicial; (c) pago por evento (en adelante "PPV") en donde el consumidor demanda un contenido específico para ser visto en ese momento o durante un período de tiempo determinado; (iii) distribución de contenidos audiovisuales por internet —*Over the Top* (en adelante "OTT")—, sean estos por suscripción (*Subscription Video on Demand* o SVOD), asociadas a plataformas del servicio de TV paga o de libre acceso; (iv) distribución en formatos físicos y digitales; y (v) señales transmitidas por televisión abierta.

(iii) producción y comercialización de señales de TV;

(iv) venta de espacio publicitario;

(v) licenciamiento de derechos de propiedad intelectual para fabricantes de productos de consumo; y

(vi) licenciamiento de música.

En síntesis, luego de un análisis de cada sector, consideró que el principal problema en la operatoria en análisis se encontraba en la comercialización de señales (iii). Para concluir de esa manera, clasificó las señales que comercializan tanto Disney como Fox en Argentina de acuerdo con si pertenecían al género infantil, deportes, documentales, entretenimiento general o películas y series (16). En función de esa clasificación, concluyó que correspondía el análisis en particular del mercado de señales deportivas y del modo en que son comercializadas, tal como se analizará en los apartados siguientes.

Vale mencionar que en el resto de los mercados involucrados no se evidenció elementos que despertaran la preocupación del organismo de competencia (17).

II.3.b. Los efectos de la operación en el mercado de la producción y comercialización de señales deportivas

Según la CNDC, uno de los principales efectos económicos producidos por la concentración del tipo horizontal, se da en el mercado de producción y comercialización de señales de deportes de televisión paga básica, donde tres empresas tienen básicamente un tercio del mercado cada una.

(16) Ver Tabla N° 3 del Dictamen CNDC.

(17) Respecto del mercado de distribución de película para su exhibición en salas de cine, si bien en un principio se consideró que podía ser afectado principalmente debido a un contrato de operación conjunta entre Fox y Warner Bros del año 1996, luego se constató que tal acuerdo había finalizado en noviembre de 2019, en ese sentido, teniendo en cuenta también las características y dinámicas de este mercado, la CNDC consideró que la operación no despertaba preocupación (ap. 413 a 425, Dictamen CNDC).

La participación de mercado de señales deportivas básicas de TV paga por rating. Argentina (2018) (18)

Empresa	Señal	Participación canal	Participación / empresa
Fox	Fox Sports	20,40%	32,70%
	Fox Sports 2	10,60%	
	Fox Sports 3	1,70%	
Disney	ESPN	13,30%	31,30%
	ESPN 2	16,60%	
	ESPN 3	1,50%	
	ESPN +	s/d	
Tele Red Imagen S.A. (DirecTV)	TyC Sports	32,40%	32,40%
RTA	DeporTV	3,50%	3,50%

La Comisión explicó, de acuerdo con el cuadro reproducido, que la operación llevaba como resultado que una empresa sea la poseedora de siete de las nueve señales deportivas básicas y con casi dos terceras partes del total del rating de señales deportivas. Ello, sin contar la señal Fox Sports Premium que transmite partidos de la Liga Profesional del Fútbol Argentino. También se reparó en que, como consecuencia de la operación, el número de principales competidores pasarían de tres a dos.

Además de las participaciones de mercado, el valor post operación del IHH (19) ascendía a 5166 puntos lo que significaba un mercado altamente concentrado, de acuerdo con lo que marcan los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas de la CNDC, aprobado en el 2018 (20). A su vez, la variación del IHH es superior a los 2000 puntos, lo que podría generar un refuerzo de poder de mercado de la empresa resultante de la operación.

Al mismo tiempo, del análisis de la Comisión surge que las señales ESPN y Fox Sports son las señales que presentan una sustitución más cercana, debido a que transmiten eventos deportivos internacionales, mientras que TyC Sports se centra más en los eventos deportivos nacionales (21).

(18) Tabla N° 5 del dictamen de la CNDC.

(19) Una de las formas de medición de la concentración del mercado es el índice de Herfindahl e Hirschman (IHH). El índice se calcula elevando al cuadrado la cuota de mercado que cada empresa posee y sumando esas cantidades. El resultado máximo es 10.000, cuando una sola empresa opera en el mercado con una concentración total del mercado (control monopólico); por otro lado, el valor del índice se reduce conforme las cuotas de mercado se distribuyen en forma más equitativa y cuando hay más empresas participantes. De acuerdo con los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas de la CNDC, una operación de concentración puede no ser problemática desde el punto de vista de la competencia si el mercado resultante presenta un valor inferior a los 2000 puntos o bien, si la variación que presenta como consecuencia de la operación se incrementa en un valor menor a los 150 puntos.

(20) Res. 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

(21) Se remarcó que las señales ESPN y FOX SPORTS se caracterizan por transmitir eventos deportivos internacionales de alta relevancia tales como: (i) torneos de fútbol continentales con presencia de equipos argentinos como la Copa Libertadores (Fox), la Copa Sudamericana (ESPN) y la Recopa Sudamericana; (ii) copas de fútbol europeo como la UEFA Champions League (Fox e Espn) y la Europa League (Fox e ESPN); (iii) ligas de fútbol europeo como la liga inglesa (Espn), la liga española (Espn), la liga italiana (Espn), la liga francesa (Espn), la liga holandesa (Espn), la liga belga (Espn) y la liga alemana (Fox); y (iv) otro contenido relevante como el básquet de la NBA (Espn), torneos de tenis Grand Slams y del circuito ATP (Espn), torneos de automovilismo como Fórmula 1, Fórmula 2 y Fórmula 3 (Fox), y torneos de rugby como el Mundial y el Seis Naciones, entre otros. A su vez, expuso que la señal TyC Sports se caracteriza

Sobre esa base, la CNDC concluyó que la operación implicaría eliminar a un competidor en señales que tienen una sustitución muy cercana y aumentaría el poder de negociación de las empresas fusionadas frente a las distribuidoras de señales, lo que potencialmente podría afectar negativamente los precios de los usuarios finales.

Asimismo, además de esos efectos horizontales, la CNDC consideró que es probable que existan algunos efectos de cartera, al poder extender aquel poder de negociación hacia el mercado de señales de otros rubros.

En ese sentido, puso de resalto que las empresas comercializan señales de televisión paga de otras temáticas, además de las señales deportivas (22), las cuales son comercializadas a los distribuidores de TV paga al hogar, de manera conjunta o “empaquetada” (23). Al respecto, entendió que los efectos de la concentración en el mercado de señales de temática deportiva podrían trasladarse al resto de las señales, lo que agravaría las potenciales consecuencias negativas de la operatoria.

Para concluir de esa manera expuso que los comercializadores de señales, proveedores de los distribuidores de TV paga al hogar, tienen incentivos de buscar que los distribuidores contraten todas sus señales y que las incluyan en el paquete básico, para maximizar su visualización y las ganancias derivadas de los números de audiencia. Esto es así dado que los costos de

por emitir contenido deportivo nacional, como torneos de fútbol del ascenso, Copa Argentina de fútbol, automovilismo argentino y liga de básquet argentina, entre los más importantes.

(22) Disney comercializa siete señales, de las cuales cuatro son deportivas (ESPN, ESPN2, ESPN3, ESPN+) y tres pertenecen al género infantil (Disney Channel, Disney Junior y Disney XD), donde cuenta con un 45% del mercado medido por rating. Fox comercializa 20 señales entre básicas y premium que abarcan las temáticas documental, infantil, cine y series, entretenimiento general y deportes. Estas señales son: National Geographic, National Geographic Wild, National Geographic kids, Baby TV, Fox Life, FX, Fox Sports, Fox Sports 2, Fox Sports 3, Fox Sports Premium, Canal Fox, Cinecanal, Fox Cinema, Fox Classic, FX Movies, Fox Action, Fox Comedy, Fox Family, Fox Movies y Fox Series.

(23) Dictamen CNDC, ap. 157.

producción de las señales son mayormente fijos, mientras que las ganancias por publicidad y transmisión aumentan de acuerdo con la cantidad de audiencia y suscriptores (24).

En particular, mencionó que, dentro de los diferentes géneros, varios pueden ser sustituidos por otros servicios como Netflix o YouTube. Pero el deporte es el único género que no tiene sustitutos en ninguna plataforma.

En ese escenario, consideró que la posición que adquiriría la entidad fusionada en el género deportes podría tener como consecuencia el aumento de su poder de negociación para incluir al resto de sus señales de otras temáticas en los paquetes básicos de los operadores, lo que podría generar: (i) la reducción en la cantidad de señales de otros comercializadores por un límite en la grilla; (ii) el aumento del precio de la totalidad de las señales de Disney/Fox, con el consecuente aumento en el abono de televisión paga al consumidor final; y (iii) que, ante el aumento en el costo de programación, el distribuidor busque reducir el resto de los costos de programación abonando menos a los competidores de Disney/Fox, lo que podría afectar la calidad de los contenidos al disminuir la competencia.

Otro elemento destacado es que el poder de negociación de la entidad fusionada también estaría reforzado por el hecho de contar en su

(24) La explicación brindada por la CNDC es la siguiente: en el mercado de distribución de señales existen tres tipos de abonos, uno básico de 70 señales aproximadamente, uno digital que abarca unas 100 señales y un tercero al que se le suman algunas señales en alta definición (HD). Si una señal está en el abono básico (y por lo tanto en los otros dos abonos), la señal tiene mayor potencialidad de audiencia que en un escenario donde solamente está en el abono más caro. El impacto en el beneficio de los comercializadores es positivo en dos aspectos: (i) el primero es que el precio que abonan los distribuidores a los comercializadores por la distribución de sus señales muchas veces se acuerda por la cantidad de abonados que tiene el operador de tv paga (es decir, la cantidad de hogares que reciben la señal). De este modo, si las señales están en el plan básico, la cantidad de hogares que reciben la señal es mayor y, por ende, los ingresos del comercializador también son mayores; y (ii) el otro se da porque a mayor audiencia —generada por la mayor exhibición que implica estar en el abono básico—, mayor es el valor de los espacios publicitarios que las señales venden a los anunciantes.

porfolio de señales con la señal Fox Sports Premium, el cual posee la exclusividad de la transmisión de la mitad de los partidos de la Liga Profesional del Fútbol Argentino, considerado como el torneo de mayor relevancia del fútbol a nivel nacional. En este sentido, si bien explica que las señales deportivas premium forman parte de un mercado diferente al de las señales deportivas básicas, entiende que la incorporación de esta señal podría aumentar los efectos de conglomerado de la operación.

En síntesis, entendió que la operatoria implicaría aumentar la concentración del mercado de señales deportivas, aumentando su poder de mercado, lo cual se extendería al mercado del resto de las clases de señales debido a la forma de comercialización, lo que podría tener consecuencias negativas para el sector audiovisual en Argentina, con el consecuente perjuicio para los consumidores.

II.3.c. Barreras a la entrada

Según advirtió la CNDC, la principal barrera de entrada es la posesión de derechos o licencias exclusivas de eventos deportivos en vivo.

Al respecto de esos derechos, estimó que hay dos puntos que dificultan la entrada de un potencial competidor. El primero es la duración de los contratos, el que puede oscilar entre tres y cinco años. El segundo punto es que las licencias deportivas son negociadas y adquiridas panregionalmente, lo que desincentiva a competidores nacionales.

A la vez, se estimó que, a pesar de que un potencial entrante adquiera las licencias por un solo evento deportivo, es dudoso que sea exitoso dado que para instalarse en un mercado podría requerir la adquisición de los derechos por varios eventos simultáneamente y contar con producción de contenido deportivo.

Al mismo tiempo, los aludidos efectos de la concentración relativos a los niveles de concentración derivados de la operación y los potenciales efectos de cartera generarían un fortalecimiento en las barreras a la entrada en el mercado de distribución de señales pagas.

II.4. Conclusiones y condicionamientos

En función del marco descripto, se concluyó que la operación tenía la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo tal que puede resultar en perjuicio para el interés económico general (arts. 1° y 8°, ley 27.442).

Para remediar aquella situación, las partes propusieron soluciones a estas situaciones planteadas por la Comisión. Sin embargo, esta estimó que las soluciones propuestas no proporcionaban una solución integral y completa a los efectos horizontales y de cartera señalados. Por esa razón, en la resolución se estableció una serie de condicionamientos a la operación estudiada a fin de remediar los efectos unilaterales negativos sobre la competencia aludidos en los apartados anteriores.

La primera clase de condicionamientos es de carácter estructural y tiene como finalidad la de generar una señal sustituta mediante el ingreso de un sublicenciario en el abono básico que ofrezca contenidos para los espectadores, lo cual apunta a mitigar el efecto horizontal de la operatoria. Entre estas cuestiones se enlistan:

a. Poner a disposición la transferencia de todos los derechos de transmisión relacionados a torneos y competencias deportivas de los cuales Fox Sports era licenciente al momento de la notificación.

b. El proceso de desinversión se considerará cumplimentado en el caso de transferir, al menos, el principal contenido deportivo de cada uno de los deportes enumerados en la misma resolución, denominados como "Contenidos Fundamentales" (25). A pedido del sublicenciario, es posible que la CNDC evalúe la conveniencia de reemplazar el contenido señalado por otro.

c. Fox deberá poner a disposición del cesionario todos los derechos, contratos y bienes necesi-

(25) A saber: torneo de fútbol donde participan equipos de Argentina (Copa Conmebol Libertadores de América), torneo de fútbol internacional (UEFA Champions League), torneo de fútbol americano (NFL), torneo de beisbol (MLB), automovilismo (fórmula 1), lucha (UFC), lucha libre (WWE), boxeo (premier boxing champions), básquet (Liga ACB Basquetball), rugby (World Rugby Sevens), tenis (ATP World Tour 250 - ATP Córdoba).

sarios, asociados a Fox Sports, que garanticen la continuidad y/o conformación de una señal de contenidos deportivos sustituta, competitiva e independiente de las empresas.

d. Una vez realizada la desinversión, Disney deberá implementar la baja de tres señales deportivas básicas, pasando de siete a cuatro señales deportivas básicas en la grilla de canales ofrecidos en la Argentina.

e. Se privilegiará generar un único agrupador de eventos para conformar una única señal (sin que esto limite la cantidad de canales que dicha señal pueda tener), y en su defecto se evaluará la conveniencia de transferir eventos a distintas señales abocadas a temáticas específicas.

Como medida de carácter conductual, por el período de cinco años, establece lo siguiente:

a. Extender los términos y condiciones comerciales relacionados con las ventas de las señales de las empresas involucradas vigentes con anterioridad a la notificación.

b. Ofrecer las señales sin empaquetamientos de ningún tipo.

c. Eliminar condiciones contractuales que impongan, por objeto o efecto, a los demandantes de dichas señales: precios mínimos de reventa, cantidades progresivas de suscriptores mínimos, porcentajes de penetración o cantidad de abonados.

d. El costo de las señales deportivas *premium* no podrá superar los ingresos de los cableoperadores originados en la venta de dicho contenido.

e. Las partes no podrán transmitir en Argentina los contenidos desinvertidos durante el plazo del condicionamiento conductual. En caso de ser readquiridos, Disney deberá garantizar la posibilidad de sublicenciamiento para la transmisión exclusiva en Argentina.

Transitoriamente, hasta que se haga efectiva la desinversión señalada, y morigerar los efectos de la operación, se ordenaron las siguientes medidas de carácter conductual adicional:

a. Poner a disposición para retransmitir de manera no exclusiva, para todas las señales de televisión abierta y paga que las requieran, los eventos relevantes y definitorios de cada una de las competencias identificadas dentro de los Contenidos Fundamentales.

b. Bajo la misma modalidad, deberá poner a disposición dos partidos de la liga local actualmente transmitidos por el canal premium de Fox Sports, uno de los cuales deberá ser necesariamente River o Boca, hasta tanto se haga efectiva la desinversión de la categoría "torneos de fútbol donde participan equipos de Argentina".

c. Deberán mantener estable para cada operador la relación existente previa a la fusión entre el precio de las señales deportivas básicas y el precio del abono básico.

Al respecto del cumplimiento de los condicionamientos, el pasado 27 de abril de 2022, la Secretaría de Comercio Interior, por recomendación de la CNDC, aprobó la desconcentración de Disney. Ello significa el desprendimiento de los derechos de transmisión que originalmente tenía Fox, junto con los activos asociados para la explotación de la señal. El destinatario de los mismos es Imagina Media Audiovisual SAU, un grupo empresario español creado en el año 2006 como consecuencia de la integración de las empresas productoras Globomedia SA y Mediaproducción SL Imagina. Esta situación implica el ingreso de un nuevo jugador al mercado, lo que, a priori, significa una mayor presión competitiva (26).

III. Examen de la operatoria

Las concentraciones económicas son operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo económico (27).

La idea de una política estructural de competencia es similar al de la política conductual, en tanto el efecto que provoca una fusión puede ser semejante al de un acuerdo colusivo entre em-

(26) Res. 427/2022, del 27 de abril de 2022.

(27) COLOMA, Germán, "Defensa de la Competencia", ob. cit., p. 393.

presas, en el cual no se produce una integración de unidades productivas. Sin perjuicio de ello, difieren en que la política estructural se ocupa de un aspecto más rígido, la estructura del mercado y, como tal, sus efectos son de costosa o imposible reversión, lo que justifica en parte el control *ex ante* (28).

La ley 27.442, al igual que su antecesora 25.156, establece una prohibición general de las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 8°). Asimismo, a los fines de hacer efectiva aquella prohibición, impone la obligación de notificar previamente determinadas operaciones, quedando sujetas a la autorización previa de la autoridad de aplicación quien luego puede aprobarlas, rechazarlas o condicionarlas (arts. 9° y 14, ley 27.442).

Cuando se condiciona una operatoria, como sucedió en esta oportunidad, se suelen implementar una serie de medidas tendientes a compensar o subsanar el efecto indeseado sobre el mercado.

III.1. Efectos de la operatoria: horizontales y de conglomerado

Una concentración del tipo horizontal es la que sucede dentro de un mismo eslabón productivo, entre los competidores de un mismo mercado. Esta clase de concentración conlleva una modificación inmediata de las estructuras de un mercado en el que se produce, dado que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse en una sola entidad con mayor participación en un mercado cuyos índices de concentración aumentan. El aumento de esa concentración puede tener efectos directos sobre el comportamiento de los agentes económicos dado que, por un lado, crea una nueva entidad que puede incrementar su poder de mercado; por otro lado, disminuye el número de competidores efectivos, facilitando las prácticas abusivas.

En estos casos, las cuotas de mercado permiten echar un vistazo rápido para evaluar las

posibilidades de riesgo anticompetitivo, y las cuotas de mercado superiores al 50% son una prueba *prima facie* de dominio. Sin embargo, el análisis de la cuota de mercado debe contemplar la dinámica del mercado. Es decir, que la mera suma de las cuotas de mercado de las partes que se fusionan en la actualidad puede no arrojar una estimación precisa del poder de mercado de las partes en el futuro (29). En ese sentido, hay mercados más volátiles que otros, lo cual debe incluirse en el análisis.

En los mencionados "Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas", la CNDC expresa que respecto de las concentraciones horizontales se buscará evitar que la competencia se vea afectada por los efectos unilaterales o coordinados (tácitos o expresos).

Según esos lineamientos, los "efectos unilaterales" se dan cuando, por efecto de la operatoria, se genera o fortalece el poder de mercado del que gozan unilateralmente las empresas involucradas en la concentración. En ese supuesto, luego de la operación, las empresas involucradas podrán influir sobre los precios y cantidades que se comercializan en el mercado, teniendo la posibilidad de aumentar sus beneficios por medio de un aumento en los precios del producto relevante.

Los "efectos coordinados" surgen cuando, como consecuencia de la concentración, se generan condiciones propicias para que, de manera coordinada con las restantes empresas que integran el mercado, las empresas involucradas en la operación gocen de la posibilidad de ejercer poder de mercado.

Por su parte, una concentración de conglomerado comprende operaciones donde las partes no están relacionadas horizontal ni verticalmente. La Comisión sostiene en sus lineamientos que, en principio, estas concentraciones no serán objetadas y solo se considerará que son potencialmente perjudiciales en algunos casos muy especiales.

Algunos de esos casos especiales se relacionan con la eliminación de un competidor po-

(28) CSJN, "Pirelli y CSPA y otros s/ notificación art. 8 ley 25.156 incidente de apelación de la res. SCI 2/2010 en concentración 741", Fallos 338:176.

(29) GIORGIO, Monti, "EC Competition Law", Cambridge University Press, 2007, p. 251.

tencial en el mercado, y a situaciones en las cuales se generan algunos “efectos de cartera” significativos. El efecto de cartera se da cuando una empresa puede aprovecharse de su participación simultánea en varios mercados distintos, lo que le permite captar mayores beneficios, respecto de los que podrían obtener varias empresas que operan separadamente en esos mercados.

Esta clase de enlazado entre productos o servicios puede tener origen en cuestiones técnicas o, como en el caso, contractual. Su análisis debe ser cuidadoso, dado que es una situación común en la vida comercial, y no algo que deba considerarse intrínsecamente sospechoso dado que puede justificarse en eficiencias económicas, que se traducen en menores costes de producción y distribución (30).

III.2. Los condicionamientos impuestos

Una de las posibles resoluciones que puede adoptar una agencia de competencia con relación a una concentración presentada para su aprobación es la imposición de condicionamientos. De ese modo, se entiende que la operación mayormente no representaría un peligro para el proceso competitivo de un mercado, sin embargo, se implementan algunas medidas para evitar las aristas en donde se puede verificar un peligro para este. En estos casos, los condicionamientos resultan necesarios para que una operación de concentración no afecte negativamente la competencia.

La Ley de Defensa de la Competencia no prevé las clases de condiciones que se pueden exigir, sino que simplemente se dan en la práctica. De ese modo, en nuestro país como en muchos otros, el espectro de condiciones es amplio, con el fundamento jurídico de una falta de restricciones legales específicas, y con el fundamento práctico de que son muy variados los tipos de condiciones que pueden ser necesarias para su aprobación (31).

(30) WISH, ob. cit. p. 690.

(31) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, y SE-REBRINSKY, Diego H., "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia", Ed. Heliasta, 2017, t. 2, ps. 150-151.

Sin perjuicio de ello, las decisiones de la administración pública en todos los ámbitos deben estar dotadas de razonabilidad, cuyo análisis se vincula con el control de legalidad o constitucionalidad de los actos administrativos. Es decir, que existe la necesidad de una fundamentación de orden racional que lleve a entender que una decisión que restringe el accionar de un particular se encuentre justificada y sea proporcional. Este es un límite que también alcanza a las decisiones de la autoridad de competencia argentina al momento de establecer una solución ante una operatoria de esta clase.

Diversas agencias de competencia del mundo también han requerido condicionamientos al momento de aprobar la operatoria entre Disney y Fox. En prieta síntesis, se observa que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos acordó con Disney, la desinversión de 22 señales deportivas regionales de TV, actualmente propiedad de Fox, a un comprador que debe ser aprobado por la misma oficina estatal (32).

En la Comisión Europea no se advirtió problemas en el ámbito de las señales deportivas. Solamente se impuso la condición de desprenderse de diversos canales, pero vinculados a la producción de señales factuales, referidas a documentales, ficciones y programas científicos en varios países del área económica europea (33).

En Brasil, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) acordó en un Acuerdo de Control de Concentraciones, la condición de la venta de la señal deportiva Fox Sports. En ese acuerdo, Disney también se comprometió, durante un plazo determinado, a no contratar las ligas deportivas que en ese momento emitía Fox

(32) Department Of Justice, "The Walt Disney Company Required to Divest Twenty-Two Regional Sports Networks in Order to Complete Acquisition of Certain Assets from Twenty-First Century Fox", 27/06/2018, y la documentación adjunta a la noticia, <https://www.justice.gov/opa/pr/walt-disney-company-required-divest-twenty-two-regional-sports-networks-order-complete>.

(33) Para disipar esos cuestionamientos, Disney se comprometió a ceder su participación en todos los canales de ese tipo que controla en el espacio económico europeo, que incluyen History, H2, Crime & Investigation, Blaze and Lifetime channels. Comisión Europea, disponible en https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8785_2197_3.pdf.

Sports y a no readquirir los activos que se vendan. También se comprometió a ofrecer al futuro comprador la opción de licenciar la marca Fox de forma gratuita (34).

En México, en el marco de su entendimiento, el IFT (35) impuso condicionamientos que difieren los anteriores. Al problema en el mercado de señales deportivas, adicionó el problema en el mercado de provisión y licenciamientos de canales (*reality shows* y culturales) debido a la participación que Disney tiene sobre AETN Television Networks que es la dueña de canales como A&E, History, H2 y Lifetime, lo que arrojaba que Disney tuviera una participación superior al 44% de la audiencia. Entonces, en el caso se decidió, por un lado, una desinversión de los canales de Fox Sports, junto con todos sus activos, así como una licencia de uso gratuita de la marca; y, por otro lado, se impuso una medida conductual por la cual Disney no puede decidir sobre los contratos de A&E, ni recibir información (no pública) sobre la negociación de estos. Adicionalmente, se dispuso que Disney no podrá distribuir sus canales en conjunto con A&E, ni a través de una misma tercera empresa en este país (36).

La razonabilidad de los condicionamientos impuestos requiere el análisis económico pormenorizado de cada medida. En un primer estudio, se observa que existen algunos condicionamientos conductuales y transitorios que no se han impuesto en otros países. Sin perjuicio de ello, resulta necesario considerar que los mercados difieren de país en país, por lo cual los remedios a tomar también pueden ser distintos.

En líneas generales, se observa que los condicionamientos de carácter estructural impuestos

(34) CADE, Acto de Concentración 08700.004494/2018-53, disponible en <https://www.gov.br/cade/pt-br>.

(35) La competencia para decidir al respecto se encuentra distribuida entre el organismo de competencia general, el Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), dependiendo del mercado que deba ser analizado.

(36) IFT, "El IFT aprueba la concentración Disney-Fox, sujeta a condiciones", 12 de marzo de 2019, disponible en: <http://www.ift.org.mx/comunicacion-y-medios/comunicados-ift#>.

por la autoridad de competencia argentina no resultan novedosos y aparecen de modo similar en otras jurisdicciones. Con relación a los remedios conductuales, se observa una fuerte intervención en el modelo de negocios a los fines de mitigar los mencionados efectos de cartera derivados de la forma de contratación de las empresas con los distribuidores. Respecto a los de carácter transitorio, pareciera ser una manera para incentivar a Disney a que acelere la desinversión. En caso de judicializarse, estos serían los aspectos de fondo a discutir y analizar su razonabilidad.

IV. Conclusiones

El control de las concentraciones económicas resulta necesario para evitar efectos indeseados en el mercado.

En el caso, la autoridad de aplicación consideró que la operación tendría como efecto un incremento sustancial de la concentración en el mercado de señales deportivas con un aumento significativo en el poder de mercado y de negociación de las empresas notificantes, con el consecuente impacto en los consumidores, que podrían ver incrementado el valor del abono de televisión paga.

Asimismo, entendió que, teniendo en cuenta que las empresas comercializan sus señales de manera "paquetizada", el poder de mercado en las señales deportivas podría trasladarse al resto de sus señales de televisión paga en detrimento de los consumidores, que podrían ver incrementado el valor del abono de televisión paga y podrían recibir una oferta más reducida, menos variada y con productos de menor calidad.

En ese sentido, pareciera estar justificada la decisión de imponer condicionamientos, lo cual tiene un correlato en el análisis que hicieron las autoridades de competencia de otros países. No obstante, estos difieren en algunas cuestiones. Sin perjuicio de ello, como acto emanado de la autoridad estatal, cabe suponer la razonabilidad económica de los mismos, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Defensa de la Competencia en nuestro país, proteger el interés económico general (arts. 1° y 8°, ley 27.442).