

RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Enero - Febrero 2022 | 312

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA
RAÚL A. ETCHEVERRY

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Manóvil - Marzorati
Richard - Rivera
Rouillon - Uzal

ÁREA DE DERECHO
DEL CONSUMIDOR:

Stiglitz - Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Chomer
Hernández
Molina Sandoval
Paolantonio
Santarelli
Sícoli

ISSN 1851-1805

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1805
RNPI: 5074811

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

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: (011) 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 segunda quincena de abril de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA

RAÚL A. ETCHEVERRY

Enero - Febrero 2022 | 312

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Rafael M. Manóvil

Osvaldo Marzorati

Efraín Hugo Richard

Julio César Rivera

Adolfo A. N. Rouillon

María Elsa Uzal

ÁREA DE DERECHO DEL CONSUMIDOR:

Gabriel Stiglitz

Roberto A. Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Héctor O. Chomer - Carlos A. Hernández

Carlos A. Molina Sandoval - Martín E. Paolantonio

Fulvio G. Santarelli - Jorge S. Sícoli

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

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 Ana Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

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

ÍNDICE

DOCTRINA

Derecho societario de crisis: ¿de eso no se habla! <i>Efraín H. Richard</i>	3
La ley que rige los privilegios en los concursos con elementos extranjeros <i>Germán E. Gerbaudo</i>	11
Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en las sociedades comerciales. ¿Resulta válido dejar sin efecto los deberes de lealtad y diligencia en las SAS? <i>Lorena R. Schneider</i>	17

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ASOCIACIÓN CIVIL

Pedido de autorización para funcionar. Objeto que no es contrario al interés general. Actividad deportiva.....	35
Asociaciones civiles, bien común y contralor estatal. Una precisa interpretación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil <i>Pablo G. Bisogno</i>	38

JURISPRUDENCIA

ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS

Presunto acreedor que denuncia incumplimiento de los recaudos exigidos por la ley 24.522 para la apertura del concurso preventivo de su deudora. Rechazo <i>in limine</i> de la pretensión.	49
--	----

VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO

Impugnación. Falta de legitimación procesal de los demás acreedores.	50
---	----

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Compra de pasajes aéreos. Cancelación del vuelo. Medidas de fuerza. Deber de información.	51
--	----

PLANES DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS

Pretensión tendiente a declarar la nulidad o la rescisión del contrato por incumplimiento. Daños y perjuicios. Rechazo. Consumidora que no puede considerarse "neófito". Conducta negligente. Interpretación del contrato. Ausencia de prueba de vicios de la voluntad.	57
--	----

FALLAS DE FÁBRICA

Defensa del consumidor. Compra de automotor. Ingreso al taller mecánico tres veces en menos de un mes de adquirido. Reparación deficiente. Daño moral. Daño punitivo. Riesgo a la seguridad vehicular.

64

EXCLUSIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS DE ENTIDADES FINANCIERAS EN REESTRUCTURACIÓN

Demanda intentada por el expresidente del Banco Central de la República Argentina. Inaplicabilidad del régimen tuitivo de consumidor. Invocación de razones de conexidad contractual para evitar la aplicación del régimen previsto en la ley 21.526. Rechazo. Orfandad probatoria. Condición de persona "vinculada".

90

DOCTRINA

Derecho societario de crisis: ¿de eso no se habla! (*)

Efraín H. Richard (**)

Con el agradecimiento siempre viene el recuerdo, gracias Héctor Alegria por tu generosa y cálida presentación. En 2007 recordaste mi posición, que calificaste de dura, citando trabajos míos desde 1998 en adelante, te tranquilicé en el ensayo que publiqué en tu libro de homenaje. En 1965 nos conocimos en Córdoba en las Primeras Jornadas de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque, en el Aula Magna de Ingeniería, pues habíamos escrito sobre el mismo tema, la cláusula sin protesto, y con Dasso, en los 67 —creo que en Abeledo-Perrot—, él buscando bibliografía sobre derecho de recesso, sobre el que armó su tesis laureada, y que les aconsejo leer sobre el tema reintegro de capital... Siempre recuerdo nuestras cenas con Julio César Otaegui, y su recomendación que, por lo menos para el público, mantuviéramos un pensamiento diferente... Es que la disidencia, respetuosa y cuando sabemos escucharnos, construye el derecho, mejora argumentos o nos acerca en las soluciones. Habría tanto para hablar, pero vamos al hueso...

Como demoramos mi intervención hasta después del Congreso de la Insolvencia de Bahía Blanca mucho de lo que aquí apunte no pude dejar de decirlo en aquella ocasión.

Se dice “De eso no se habla” en torno al derecho societario de crisis, escucho conferencias,

(*) Desgrabación de la presentación en el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de CABA, presidido por Héctor Alegria, al que fui invitado a disertar con la presencia de Ariel Ángel Dasso, Lorena Schneider, Mangold Moro, Marcos y muchos más, generando un diálogo amable pero controvertido, como acostumbro hacerlo.

(**) Profesor emérito, UNC. Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

debates, y no escucho la palabra sociedad, se habla de deudor, que puede ser persona humana o persona jurídica...

Lo que es aceptable en el concurso de una persona humana, empresario, no es admisible en el caso de sociedades, pues no se exige lo que la ley específica requiere... Miremos el caso “Vicentin SA”.

Traigo a análisis el tema del que “no se habla”. Me refiero a la singularidad de un derecho societario de crisis, y particularmente a la legalidad de las propuestas de quita en los concursos de sociedades, que la práctica acepta sin cuestionamiento alguno, pese a las referencias que he hecho de ello, con el Profesor Emérito tucumano Dr. Juan Carlos Veiga y miembro del Instituto de Derecho Empresario que dirigís Héctor en la Academia, como costumbres *contra legem* de los procesos concursales de sociedades, rotulándolo como *el contraderecho* en nuestras publicaciones conjuntas.

Hay que dejar el lenguaje ambiguo. No limitarse a referirse a deudor o deudora, sino precisando si se está frente al concurso de una PH o de una PJ, pues hay enormes diferencias, no solo la ratificación por el órgano de gobierno.

Creo que todos coincidimos en que los administradores societarios deben actuar frente a alertas tempranas, asegurando la conservación real de la empresa, de la actividad empresarial, de ser posible con el negocio en marcha como señaló la jurista colombiana Diana Rivera en el reciente Congreso de Bahía Blanca. Viable, pues caso contrario es mejor liquidar rápidamente, siguiendo Directivas, recomendaciones, como la de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2014, o los objetivos que señalan unánimemente el Banco Mundial, las Directivas Europeas y

toda posición sensata. La perspectiva que recomendamos en nuestros trabajos, que compartimos con muchos juristas y economistas, y asumida por el IIDC, es similar a la del consid. 29 de la Directiva Europea 2019/1023 “Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles”.

Conlleva evitar la judicialización, porque entiendo que la mayoría de las situaciones se superaría con herramientas jurídicas disponibles, “.. Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando una sociedad en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas”.

Es lo que previmos en 2012 con Manóvil y Roitman, para que se resguarde la viabilidad y no el negocio de los socios. Ayer recibí un excepcional trabajo de Stefanía Pacchi sobre la nueva legislación italiana en este mismo sentido...

Enfrentamos una realidad compleja en el escenario de las crisis de sociedades o crisis empresariales. Es indispensable poner en claro ciertos principios, para luego tratar de visualizar el sistema normativo integrado, conforme dispone el Título Preliminar del Código Civil y Comercial y ofrecer una mirada, quizá distinta de cómo enfrentar los problemas. Son viejas y firmes ideas, incomprendidas para sostener ciertas costumbres, que intento reformular por los vientos que soplan para hacerlas más aceptables, y siempre en la idea que con la disidencia se construye el derecho, repensando...

Serán muy distintas las tutelas en orden a la intención de proteger la estructura original, las propuestas de la sociedad, o la paridad de los acreedores, o de algunos, o un supuesto interés social, o la conservación de la empresa, o una diversa combinación de aquellos. Quizá la discrepancia o confusión radica en la observación de distintos ordenamientos jurídicos o en el interés de los que amparan en el concurso con la declamación de alguno de esos principios. A su vez me baso en una visión del comportamiento natural conforme el art. 1725, Cód. Civ. y Com. de administradores y socios. En el mundo glo-

balizado se suponía que al ingresar en zona de crisis los administradores deberían atender el interés de los acreedores. En la realidad nacional es que encubren los intereses de los socios de control. Y en una visión académica actual deberíamos pensar en la conservación de la actividad empresarial, pues así se protegen todos los intereses en juego, incluso el de los trabajadores aunque nada se les adeude.

La libertad en la organización de la sociedad impone que el ordenamiento jurídico proteja determinados valores caros a la comunidad, cumpliendo con una necesidad de bien común o bien jurídico a tutelar, lo que normalmente se genera a través de normas imperativas tratando de evitar que esa libertad funcional genere daño a terceros.

No creo necesario refrescar que el procesalismo concursal pide más plata fresca tanto al concursarse como para el período de cumplimiento, propicia el enriquecimiento de la sociedad, y obviamente de los socios, con quitas confiscatorias y esperas absurdas, niega la presentación de un plan de negocios o el análisis de la viabilidad, por la turbulencia del mercado... No sigo... Todo para la deudora desnaturalizando la tipicidad societaria...

Se altera la función del concurso de actuar ante la mera cesación de pagos, incluso no existiendo incumplimientos, buscando un escudo, y se desconocen por administradores y socios las previsiones imperativas de la Ley de Sociedades que les generan responsabilidad por los daños a acreedores, incluso a la sociedad y a los socios.

No tengo dudas que el bien jurídico a tutelar es eliminar el contravalor de la cesación de pagos —antes de la insolvencia—, con el objetivo de la conservación de la empresa.

Se trata simplemente de adelantarse a la cesación de pagos, evitar la insolvencia y la infrapatrimonialización, y que los socios transfieran el riesgo a los acreedores, con soluciones abusivas, al decir de la Fiscal General y de varios casos de jurisprudencia... “Interdumentaria SA” con el voto de Pablo Heredia, Von Salden... Cada vez aparece más jurisprudencia o dictámenes de Fiscalía que cuestionan la transferencia del riesgo de socios a acreedores, o ante la infrapatrimonialización señalan la responsabilidad del grupo de control.

Bajo esa óptica les propongo bucear sobre el sistema societario de crisis, integrado no solo por la Ley de Concursos, sino por la de Sociedades y Código Civil y Comercial. Mirando la realidad... en el sistema normativo nacional.

El derecho de la insolvencia o de la crisis no es una isla, lo afirma enfáticamente Daniel Truffat, distinguido colega y amigo con quién hemos tenido muchísimas polémicas a las que todos ustedes pueden haber accedido. Reitero, el derecho de la insolvencia no es una isla, Truffat expresó: “La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración, no solo con normas supra legales, sino con el derecho positivo clásico. Claramente con las normas directrices del derecho civil. En el área concursal los jueces se encargaron de remarcar que no es una isla”. Y a su vez, ante nuestras críticas sobre que los socios transferían el riesgo, y más que ello las pérdidas mismas, a los acreedores con las quitas, y las respuestas académicas invocando el esfuerzo compartido, el mismo Truffat ponía las cosas en su lugar: “Es literalmente inmorale que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga ‘en exclusiva’ en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

Apunto a una incursión mirando la legislación actual, no divagando sobre el derecho comparado. Contemplo al art. 100 LGS sobre viabilidad, y al art. 150 del Cód. Civ. y Com. introducidos en 2015, sobre preeminencia de las normas imperativas del derecho societario que ratifica nuestra anterior interpretación.

La capitalización la imponía la ley argentina de sociedades en el año 72 y la concordancia se mantuvo en las leyes 19.551 —contemporánea a la de sociedades— y 24.522 de hace 26 años. Me tiento a leerles párrafos de un libro, pero opto por mostrárselos en la pantalla, se trata de Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 referido a la reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación. Si revisan mi disertación reciente en Bahía Blanca podrán acceder a párrafos muy significativos: la reciente legislación española hace responsables del déficit concursal a los socios que frustren la capita-

lización de pasivos. Es que conforme el informe de la Comisión Winter ante la crisis patrimonial de la PH el riesgo es de los acreedores, pero ante la crisis de la sociedad el riesgo es de los socios, congruentes con la tipicidad subrayada por el art. 1º, LGS.

El concurso atiende la cesación de pagos, incluso al avizorarla, la Ley de Sociedades regula la infrapatrimonialización, la insolvencia. Esa responsabilidad puede ser previa a través de la constatación de causales de disolución, que no imponen la liquidación, conforme los arts. 96 y 99, LGS. La imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de origen patrimonial, financiero u económico —art. 94.4, LGS— o la pérdida total del capital social —art. 94.5—, que es más exigente que el derecho comparado que genera la causal solo frente a pérdidas porcentuales del 33, 50, 66 o 75% y con plazos de actuación genera en el derecho argentino un sistema equilibrado para que los administradores afronten la infrapatrimonialización, pues es superadora a las nociones de infracapitalización (constitutiva o funcional, formal o material) e incluso a la noción de insolvencia. El art. 96, LGS brinda opciones imperativas para que no nazca la responsabilidad prevista en el art. 99, LGS. Todas de formas de capitalización, salvo disponerse la liquidación.

Sobre la base de la capitalización y sus formas para mantener equilibrio entre socios y los acreedores que se incorporan en ese incremento, con Fushimi hemos trazado un sinnúmero de herramientas. Por otra parte los derechos crediticios son derechos patrimoniales y, por ello, esencialmente disponibles. Congruentemente nada impide a que un acreedor racional e informado, pueda —voluntariamente— conceder quita. El problema son los acreedores que son arrastrados por la decisión de los acreedores mayoritarios. Esto es superable, al acuerdo de quita y espera aprobado por aparente mayoría, deberá agregarse una opción de capitalización para los demás acreedores. Así la quita no será impuesta sino aceptada libremente.

La extinción de pasivo por capitalización es superior a la por quita. Primero por su licitud dentro del sistema de normas imperativas del derecho societario, segundo por no tener carga impositiva alguna frente a la quita que impone el 35% por ganancias, aunque diferida, a su vez

libera a fiadores o garantes, elimina el pasivo facilitando el desenvolvimiento futuro, incluso la obtención de nuevos créditos por el saneamiento logrado.

En muchos casos la pretensión de imponer quitas a los acreedores va unida a un incumplimiento de los administradores —y socios— a aquellas previsiones imperativas de la LGS y del Código Civil y Comercial, en cuanto a la presentación de la contabilidad, necesaria para la formulación de la propuesta, impeditivos de la homologación de un acuerdo —lo acabamos de ver en el caso “Vicentin SA”—. Es la falta de contabilidad o al menos la falta de presentación de libros, documentación y registros contables incluyendo balances y demás estados contables, que hemos tratado. La cuestión no es menor, por cuanto se plantea una situación que Gebhardt desde 2009 denomina “asimetría informativa”.

¿Los he sorprendido?

Analizando esa posición, que tiende al abordaje extrajudicial de las crisis societarias, recuerdo al art. 125. En su reforma del año 83, LCQ, perfeñado por Héctor Alegria se incorporaron esos acuerdos, que personalmente use... y con mucho éxito...

Luego ya en este siglo las prácticas inglesas y americanas, puestas de manifiesto por Juana Pulgar y que rescate en artículos, tendían a las mismas soluciones, las que Karsten Schmidt tituló como exitosas por lo confidenciales y eficaces.

La documentación contable y la Memoria impone el análisis de la prospectiva del año en curso, si solo hay cesación de pagos, o sea activos corrientes insuficientes, solo es necesaria la espera en el concurso o lograda con la renegociación prevista en el art. 1011, Cód. Civ. y Com.

Pero si hay insolvencia, patrimonio negativo o infrapatrimonialización, se presentan las opciones imperativas del referido art. 96 sobre capitalización, que no fija plazo pero genera, ante daños, la responsabilidad del art. 99, LGS solidaria de administradores y socios en su caso, daño del que deben responder frente a la sociedad, los socios y terceros, superando las previsiones de los arts. 277 y 279, LGS que con anterioridad al Código Civil y Comercial generaban una

controversia tratando de resguardar a los administradores de la acción de accionistas minoritarios “por no haber sufrido daño directo”, que siempre cuestionamos. Desde antes del 2000 no hablamos ni de infracapitalización ni de insolvencia, sino de infrapatrimonialización.

Cuando se afronta de buena fe la renegociación, como prevé el art. 1011, Cód. Civ. y Com., incluso quizá pensando en alcanzar un acuerdo preventivo extrajudicial, puede darse validez a cada acuerdo que valen de por sí conforme al art. 71, *in fine*, LCQ, y hasta podrían unirse a *smartcontracts* para asegurar su ejecución... Y es posible que con los logrados sea viable la continuidad empresarial... y recompuesta la funcionalidad....

Estoy apuntando a algo conocido: quien daña debe responder por acción u omisión. Claramente apuntado en el art. 99, LGS, pero los socios inversores deben estar tranquilos, no se altera la responsabilidad por el tipo, sino bajo la teoría general de la responsabilidad. Los “socios en su caso” a que refiere esa norma, son individualizados a través de la integración por los arts. 150 y 167 *in fine*, Cód. Civ. y Com. en los socios de control, sea por acción u omisión no actúan para evitar la situación de infrapatrimonialización.

Creo que sobre las acciones de responsabilidad no hay dudas, Mariano Gagliardo, Miembro de Número de la Academia de Buenos Aires, desde hace años aseguraba tres vías: “... la naturaleza de la acción del art. 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la Ley de Sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274, 276, 279 y 298 de la ley 19.550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acumulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos hechos cualificados diversamente”. Obviamente ninguna acción de responsabilidad queda impedida por el concurso preventivo, y en la quiebra se abre otra vía además, de las que autoriza la LGS o el Código Civil y Comercial.

Rescato la función del sistema concursal como escudo protector ante la cesación de pagos, pero si en la idea de baja de costes y cierta confiden-

cialidad podemos pensar en la prevención del daño con las normas de los arts. 1710 y ss., Cód. Civ. y Com., “Art. 1712. Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”, para asumir las acciones previstas en el art. 96, LGS. También la podría intentar la propia sociedad que está gestionando acuerdos privados para resolver la crisis, dentro del sistema del art. 1011, Cód. Civ. y Com. o art. 72, LCQ sin llegar al acuerdo preventivo extraconcursal, para asegurar su viabilidad ante el bloqueo de la AFIP o de la cuenta corriente bancaria. Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el art. 1713: “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Podría brindar un plazo protector para devolver uso de cta. cte., clave de AFIP y servicios por un plazo breve que permitiera concluir esa negociación anticipada al juez.

Claro está que —reafirmo— no todos los socios serán responsables. El socio inversos puede dormir tranquilo. No así los que componen el grupo de control con el alcance que proporcióna, integrando el art. 99, LGS a través del art. 150, Cód. Civ. y Com., el art. 167 *in fine* del Cód. Civ. y Com. Rojo en el 93 señaló en Rosario que la batalla de la sociedad unipersonal se había perdido, y ahora se afrontaría la de la responsabilidad limitada. No hay tal, ni Paz Ares, ni Jesús Alfaro Águila Real, ni nosotros lo hemos sostenido, sino la responsabilidad de los socios de control si se genera daños en las sociedades de responsabilidad limitada.

Estamos empleando la expresión fraude en lo que sería una segunda acepción dada por la Real Academia Española, es decir, “acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”. O sea la previsión normativa contenida en el art. 12, Cód. Civ. y Com.

En ese sentido el dictamen de la Fiscal Boquin en el juicio tramitado por ante el Juzg. 17, Sec. 33, sala C nro. 29680/2010, “Vial 3 SA s/ concurso preventivo” (FG 131.895) habría impuesto unilateralmente quitas y esperas a sus acreedores con fraude. El ya referido caso “Interin-

documentaria SRL” en fallo del 04/02/2020 con el voto de Pablo Heredia, la Cámara Nacional en lo Comercial remarco la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit en la liquidación, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra. Lo que aparece como interesantísimo en el caso “Birlen” es una suerte de síntesis de ese orden, rescatando la aplicación del art. 54.

Y esa capitalización es expresamente prevista.

La ventaja para la sociedad es que además, de evitar el pago de impuestos libera a los fiadores que la hayan apoyado en la etapa preconcursal.

Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros, apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis poco enseñado. ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis les genera responsabilidad.

En tal orden Karsten Schmidt exponía: “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia... En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario —no del Derecho Concursal—, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia”.

Recuerdo cómo se suelen lograr las mayorías. Sobre esas maniobras vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter*

dictum del camarista Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos...”, o la imperdible presentación de Martorell como Director en un Tratado que constituye una autopsia de las prácticas concursales, recurriendo a Cámara: El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...” Y también las expresiones de Juan Anich en el II Iberoamericano en La Cumbre año 2000. El tema fue acotado por Julia Villanueva en el caso “Mandalunis”.

La base es el art. 1º, LGS, que conceptualiza la relación societaria, disponiendo que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios.

Las sociedades son un instrumento maravilloso para la organización empresarial y el desarrollo productivo, pero... no para que hagan negocio los socios traspasando los riesgos a los acreedores y generando utilidades con un origen de enriquecimiento sin causa, que pueden dividirse en alteración del art. 1º, LGS y de las normas imperativas que impiden el fraude...

Con el respeto a las disidencias, que sin duda generaré por mi visión sistemática, agradezco la atención de haber soportado la catarata de ideas, y les invito en octubre de 2022 a seguir trabajando en Córdoba, bajo el palio de la Universidad y la Academia en un nuevo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”.

Inmediatamente Héctor Alegria abrió un rico diálogo donde Dasso, sin duda para cuestionarme, leyó tres páginas que atribuyó a Paz Ares de un trabajo suyo: “Caracterizada doctrina considera que no es correcto concluir que la infracapitalización externaliza en todos los casos sobre sus acreedores sus costes. Paz Ares llama a esa literatura ‘espejismo de la externalización.’ ‘Los costos que se supone soportan los acreedores son soportados en realidad por los socios y ello, por la sencilla razón de que aquellos al formalizar sus contratos anticipan la conducta futura de estos.’ Puede decirse por ello, que los costes de supervisión, de incentivos perversos y de

quiebra asociados a la infracapitalización son costes en que incurren los acreedores pero que pagan los socios. En efecto, en el caso de que estos logren obtener un préstamo de aquellos, o bien los conseguirán prestando sus garantías personales u otro tipo de garantías o cautelas o bien a una tasa de interés más alta que incluye una prima de riesgo para remunerar esos costes. Hay que tener en cuenta que en ocasiones los acreedores, básicamente los acreedores financieros, sienten menos aversión al riesgo (pues pueden diversificar sus riesgos) (así por ejemplo, los bancos) y consiguientemente pueden estar dispuestos —como una compañía de seguros— ‘a comprar riesgos.’ En el coste del crédito el tomador paga el riesgo de su incumplimiento. En realidad, los distintos acreedores de la sociedad pedirán una compensación adecuada al riesgo que han de soportar y establecerán las cautelas que consideren oportuna. Ese ajuste contractual logrará un acuerdo eficiente. Obsérvese que no hay externalización puesto que todos los riesgos están internalizados, es decir contratados o asumidos voluntariamente”. Por primera vez fueron, otra vez, los tribunales alemanes que en el derecho europeo introdujeron la distinción entre infracapitalización material y nominal que fue el modelo ordenador en otros países. Los socios financiadores de la sociedad podrían en su caso exigir la restitución anticipada de sus créditos lo que significara el deterioro del patrimonio empresarial frente a la situación de crisis concursal cuando estarán habilitados para verificar su crédito e integrar el pasivo en concurrencia y paridad con los acreedores externos y más aún si hubieren pactado con la sociedad garantías reales para su préstamo, en posición preferente a aquellos. Los intereses de los acreedores no contractuales y de los contractuales involuntarios —laborales—, se resuelve, más bien complica el alcance de la responsabilidad que, como vimos en los supuestos de infracapitalización material supone la insuficiencia de recursos propios significada por un capital social exiguo frente a las necesidades financieras desde el momento mismo de constitución —infracapitalización originaria— o ulteriormente, en el desarrollo de la actividad social —infracapitalización sobreviniente—. Las características propias de la “infracapitalización nominal” por parte de los socios, que se concreta asumiendo la condición de capital de

crédito, préstamos o preferencias en el cobro en situaciones de crisis, viola la disciplina del capital social de responsabilidad limitada al aporte. De tan complejo escenario surgen debates en que la doctrina no logra consenso, respecto de la obligación legal de capitalización suficiente agravadas con la limitación del capital a un determinado monto mínimo inadecuado a las necesidades financieras que el instituto del capital mínimo, de ordinario asentado en el acto constitutivo significa la elusión del concepto de garantía de los acreedores societarios atribuido al capital social. La tutela de los acreedores a través de la garantía del capital social mínimo se revela lisa y llanamente inexistente en la doctrina europea, qué fundada en el principio de la responsabilidad limitada de los socios, y la consecuente libertad en materia de determinación del capital a aportar queda reducida a la publicidad registral constituida en el residuo de la inexistente función de garantía del capital. Menester es advertir que constituyen excepción supuestos ostensibles de capitalización escandalosa que por el nivel de su insuficiencia deja al desamparo a los acreedores extracontractuales, y a los pequeños acreedores englobados en la calificación de ‘acreedores no informados’ o ‘acreedores ignorantes’. Con la venia de Héctor contesté de inmediato: querido Ariel muchas gracias, has creído contradecirme como caractericé al principio nuestra relación de amistad, pero acabas de ratificar todo lo que señalé, descartando la infracapitalización, constitutiva y evolutiva, formal o material y acentuando la infrapatrimonialización. La función de garantía e incluso de productividad del capital social se ha diluido y solo sirve para determinar la participación de los socios, como lo hicimos al pergeñar la simple sociedad, en la reforma de los arts. 21 y ss. donde no aparece la palabra ‘capital’ sino solo la expresión ‘participación’. Así que gracias por reforzar el engarce con todo lo que habíamos expresado. También tengo en claro el tema ‘Créditos Abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores’ de Juan Pablo Bohoslavsky, pues lo prologué. Sugiero que accedan a mi intervención, en panel con Héctor, en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia de Bahía Blanca donde apunto a los beneficios de la capitalización de deuda como propuesta de acuerdo, pues libera a fiadores y otros deudores solidarios, tema que

señala como negativo Ariel en la lectura que ha producido, les marco el vínculo y coloco en nota una transcripción de Asención Gallegos Córcoles que les cité (1). Mangold Moro seña-

(1) Mi ensayo de Bahía Blanca pueden verlo en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar. Lo leído por mi distinguido amigo y eximio jurista Ariel Ángel Dasso, que he transcripto después que él me lo remitiera al día siguiente del encuentro de Buenos Aires, no corresponde a Paz Ares, si citados en su trabajo “Pandemia. La predeucción y sus nudos” publicado en la Revista DECONOMI, 11, del Departamento de Derecho Empresarial de la UBA, año IV, que me pareció contrario a su opinión y que abonaba mis argumentaciones desde otras perspectivas, que en el tema son multifacéticas. Por eso, y para facilitar mi sugerencia, me permito incluir en esta nota lo que leí en Bahía Blanca de Asención GALLEGOS CÓRCOLES de su libro “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social”, Ed. Aranzadi, 2019, en torno a la reorganización y reajuste de pasivo, textual se incentiva “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de los posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos concursales...) Precisamente... la expresa previsión en nuestra LC de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, debt equity swap, como posible integrante de los acuerdos concursales.... Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa, en los términos previstos actualmente... alguna atención debe darse a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, ... también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”. Esto podría creerse de mi pluma, pero corresponde a la española. Sigue en su apología la colega española “... pone de manifiesto cómo la intención de nuestro legislador es impulsar, casi a toda costa, la capitalización tanto en sede concursal como preconcursal, ya que, la misma se ha mostrado particularmente idónea como medida de saneamiento financiero... especialmente idónea para la superación de crisis empresariales... En efecto, además, de producirse un incremento del patrimonio neto que lo acerca al capital social, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas..., la misma genera un incremento de liquidez, reduce los costos financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la ratio de endeudamiento de la sociedad, por cuanto permite a esta, aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen como consecuencia de la capitalización. Cuando quizás es prácticamente imposible obtener financiación ajena, de ello se derivan nuevas disponibilidades financieras para las sociedades que le permiten la continuación del ejercicio de la actividad empresarial... La continuación del desarrollo de la

actividad empresarial que de esta forma se posibilita puede generar los ingresos necesarios para la satisfacción de sus créditos. A su vez ello se sitúa en la base de las expectativas de beneficios para los socios...” Hay alguna duda de identidad con nuestro sistema jurídico-económico? Sigo leyendo “... Mencionable, es también, la eventual responsabilidad del socio a cubrir total o parcialmente el déficit concursal en caso de rechazar a la capitalización a la que acabamos de referirnos. Sin prejuizar, por el momento, la medida, su previsión pone claramente de manifiesto cómo el legislador busca fomentar las capitalizaciones de créditos por la vía en este caso de disuadir al socio de votar en contra ante la amenaza de verse sujeto a responsabilidad”. La reducción de la deuda es buscada no a través de la quita sino por instrumentos de capitalización, en soluciones de equidad tendientes a la conservación de la empresa, pero no a coste de los acreedores en favor de los socios, sino de equilibradas soluciones. La renegociación de buena fe... Sigue la española “Al margen... también es posible que surja un auténtico mercado de créditos que lleve a la adquisición derivativa de estos por parte de quien persigue a través de ello rentabilizar dicha adquisición una vez restablecida la viabilidad económica de la sociedad deudora...” No hay duda que los acreedores podrían obtener algo más que sus mengua-

ló su posición con el juez Butty en el caso “Veca Construcciones” y el capital constitutivo, y otros intervinieron, Fernando Javier Marcos, con breves comentarios sobre las modernas técnicas de financiación, que integran mi pensamiento y pueden motivar otro encuentro. Cierro con un grato abrazo de ideas que nos seguirán motivando, y recuerdo que en el 92 la Comisión que integré con Fargosi, Le Pera, Araya gestó la sociedad por acciones simplificada donde se prohibía la noción de capital social, superando las cuestionadas funciones de garantía y productividad, y reitero que con Manóvil y Roitman en la Sección IV LGS no se requiere determinar el capital social, sino únicamente la proporción de la participación de cada uno de los socios, que es la única función restante de la clásica visión. Gracias, muchas gracias.

dos créditos por quitas y esperas, en ese mercado, sobre todo por la viabilidad lograda, y el despeje financiero.

La ley que rige los privilegios en los concursos con elementos extranjeros

Germán E. Gerbaudo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Fuente legal de los privilegios.— III. Diversos criterios.— IV. Derecho internacional privado de fuente interna.— V. Derecho internacional privado de fuente convencional.— VI. Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

La quiebra se caracteriza por una palmaria insuficiencia patrimonial. Los procesos concursales liquidativos exhiben la triste realidad de que la mayoría de los acreedores concurrentes quedan insatisfechos frente a la imposibilidad de recuperar sus créditos con el producido de la liquidación.

En ese contexto, Héctor Chomer indica que es en el derecho concursal donde se reflejan infinitas injusticias, dado que la dificultad reside en administrar la miseria (1).

El derecho concursal es un ámbito donde impera la justicia distributiva, dado que opera frente a la escasez que implica la falta de bienes

o de recursos como consecuencia de la insolvencia. Sucede que la insolvencia no produce que los bienes y el patrimonio crezcan, sino que, por el contrario, disminuyen (2).

En ese escenario tan desolador de la quiebra donde “no hay o hay poco o lo que hay aparece insuficiente para satisfacer a todos los acreedores” (3), reviste trascendencia tener un crédito privilegiado.

Miguel Ángel Ciuro Caldani afirma que “el concurso y la quiebra significan con gran claridad la ‘hora de la verdad’ del sistema económico” (4). Ante la quiebra el sistema realiza una

(*) Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor titular ordinario —por concurso— de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor titular de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Subdirector del Centro de Estudios en Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Presidente del Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de Rosario. Secretario académico (Facultad de Derecho, UNR). Secretario académico de la Escuela de Graduados (Facultad de Derecho, UNR). Responsable del Área Académica y de Aprendizaje (Facultad de Derecho, UNR).

(1) CHOMER, Héctor O., “El derecho económico social”, LA LEY 2012-F, p. 788.

(2) SÁNCHEZ FARACHE, Clementina — PALLÁ, Sebastián — ANICH, Juan A., “Capítulo II ‘El derecho concursal nacional. Estructura’, en Concursos y quiebras, GEBHARDT, Marcelo (dir.) — ANICH, Juan A. (coord.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 17. John Finnis también pone como ejemplo que en la quiebra impera la justicia distributiva (Véase: FINNIS, John, “Ley natural y derechos naturales”, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000, p. 216). Asimismo, otros autores señalan que en la quiebra impera la justicia distributiva, véase: CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre las transformaciones del derecho público: Hacia el Estado regulador y garante. Nuevos y antiguos problemas”, LA LEY 2019-F, p. 596.

(3) CHOMER, H., “El derecho...”, ob. cit., p. 788.

(4) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en Investigación y Docencia, 26,

elección. Tiende a privilegiar o, en otros términos, a “salvar” lo que considera que debe ser “salvado”. Cuando se aprecia en la quiebra que se le paga a algún acreedor en desmedro de otro, es porque el sistema económico ha considerado que ante la crisis debemos defender el interés del tal sujeto y no el de otro. Hay una elección que hace el sistema económico. Dicha elección se aprecia con los privilegios.

Francisco Javier Arellano Gómez señala que los privilegios constituyen “excepciones o derogaciones a la aplicación de la regla *par conditio creditorum*” (5). En ese contexto, ante la irrupción de la crisis privilegiar a un acreedor es una decisión del sistema —una decisión de política legislativa— que considera que ese crédito debe ser “salvado” —entendido como más chances o alternativas de cobro—. Es una medida del sistema que otorga a un tipo de crédito una suerte de escape a la regla de la *par conditio creditorum*. Miguel Ángel Ciuro Caldani señala que “en sus sistemas de preferencias o equivalencias para el cobro, la quiebra evidencia los valores que el capitalismo en crisis pretende salvar” (6).

Por otra parte, el derecho concursal es una de las ramas jurídicas que presenta mayor complejidad, dado que en él convergen todas las otras ramas jurídicas, pero en una situación muy especial, que es la insolvencia. En tal sentido, se expresa que “esta es una de las ramas del Derecho más complejas, debido a que abraza todo el Derecho privado —y, a veces, hasta el Derecho administrativo y público— en una situación

jurídica particular, como es la situación de crisis” (7).

Por ello, se manifiesta como un derecho excepcional que al procurar dar respuesta al fenómeno complejo de la insolvencia implica alterar las relaciones jurídicas preexistentes.

Esta complejidad propia de los procesos concursales se incrementa cuando nos encontramos con un patrimonio internacionalmente disperso en crisis, donde surge la necesidad de intervención de disposiciones de diferentes ordenamientos normativos las que en muchos casos no coexisten, sino que exhiben respuestas contradictorias.

En esta colaboración abordamos un tema muy complejo y, a la vez, muy sensible frente a la escasez propia de la concursabilidad. Nos ocupamos del problema de cuál es la ley que determina los privilegios en los concursos con elementos extranjeros. Es un tema interesante no solo desde lo académico, sino también desde la incidencia práctica que presenta a la hora del cobro de los créditos de los acreedores concurrentes.

II. Fuente legal de los privilegios

Los privilegios emergen de la ley. En otros términos, la fuente de los privilegios es la ley.

Miguel Raspall y María Laura Raspall indican que este principio de legalidad “refiere a que los privilegios solo pueden tener existencia en razón de la ley —tienen causa legal— y que es el legislador quien los crea” (8).

En otras palabras, su fuente es la ley y no pueden ser creados por la autonomía de la voluntad. Tampoco pueden ser creados por los jueces. En definitiva, el silencio de la ley sobre si determinado crédito es privilegiado, no puede ser suplido por las partes o por el juez.

(7) ESPARZA, Gustavo A. — MUÑOZ, Francisco J., “Arbitraje comercial y Derecho concursal”, Ed. Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2016, p. 133.

(8) RASPALL, Miguel Ángel — RASPALL, María Laura, “Derecho concursal de la empresa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, t. 2, p. 295.

Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1996, p. 201.

(5) ARELLANO GÓMEZ, Francisco J., “Consideraciones de Derecho Civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla *par conditio creditorum* y los privilegios crediticios”, en Derecho y Conocimiento, volumen 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, p. 275.

(6) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas para la comprensión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)”, en Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, volumen 18, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 1994, p. 31.

Adolfo A. N. Rouillon señala que “en la materia rige el principio de legalidad, según el cual los privilegios nacen solamente de la ley y no pueden crearse por la autonomía de la voluntad” (9). Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci expresa que “privilegio y ley, son dos elementos inseparables” (10).

Inclusive, el carácter legal de los privilegios se mantiene aun cuando se trate de derechos reales de garantía. Al respecto, Guillermo Borda expresa que en ese caso “lo que las partes hacen, cuando garantizan una deuda con hipoteca o prenda, es constituir un derecho real al que la ley —no la voluntad de las partes— reconoce preferencia” (11).

III. Diversos criterios

En el ámbito de los concursos con elementos extranjeros reviste trascendental relevancia determinar cuál es la ley que rige los privilegios.

En la doctrina se han esbozado diversos criterios, siendo algunos receptados normativamente. Existen tres posiciones, a saber:

(i) La ley que rige los privilegios es la ley de situación de los bienes, aunque se haya declarado la quiebra en otro Estado: esta postura se vincula con la tesis que considera que los privilegios son derechos reales (12).

(9) ROUILLON, Adolfo A. N., “Régimen de concursos y quiebra. Ley 24.522”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 17ª ed., 2ª reimp., p. 383.

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Comentario al art. 3875 del Código Civil” en Código Civil Comentado, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — KIPER, Claudio — TRIGO REPRESAS, Félix (dirs.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 45.

(11) BORDA, Guillermo A., “Manual de obligaciones”, Ed. LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 12ª ed., p. 580.

(12) Es una tesis superada en nuestro derecho. Había sido sostenida por Martou que fue una de las principales fuentes de doctrina que Vélez Sarsfield siguió en esta materia. En nuestro país esta tesis fue seguida por Lisandro Segovia y Raymundo Salvat. (Nos referimos a las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica de los privilegios en una obra anterior, véase: GERBAUDO, Germán E., “Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 229-230).

Esta es la solución adoptada por el art. 420 del Código de Bustamante de 1928; por la Convención Franco-Italiana de 1930 (art. 24) y por el Congreso Jurídico de Turín de 1880 (art. 4º).

(ii) Luego encontramos posiciones intermedias que realizan distinciones según se trate de privilegios especiales o generales o bien distingan según la naturaleza del asiento del bien.

En tal sentido, se sostiene que si se trata de privilegios especiales se rigen por la ley de situación de los bienes; por el contrario, los privilegios generales se rigen por la *lex fori*.

Asimismo, se sostiene que si el asiento del privilegio es una cosa inmueble se rige por la ley de situación del bien y si el asiento lo constituye una cosa mueble se rige por la *lex fori*.

(iii) La tercera tesis considera que los privilegios —sin distinción— se rigen por la *lex fori*.

Esta postura es sostenida por importantes autores en nuestro derecho (13).

Este es el criterio que sostiene también el art. 7º del Reglamento UE 2015/848 que en su inc. 2º expresa: “La ley del Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Dicha ley determinará en particular: i) as normas del reparto del producto de la realización de los activos, la realización de los créditos...”

IV. Derecho internacional privado de fuente interna

En nuestro país no existe una norma que disponga la ley aplicable a los privilegios en el supuesto de un crédito extranjero. No obstante, el

(13) ROUILLON, Adolfo A. N., “Reglas de Derecho Internacional Privado, privilegios concursales, y tratamiento de los créditos locales y extranjeros, según el régimen de la ley de concursos 19.511”, en Revista Derecho y Empresa, 3, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 147; DOBSON, Juan M., “Procedimiento de insolvencia transfronteriza”, en Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea, coordinada por Carlos ESPLUGUES MOTA — Daniel HARGAIN, Ed. Reus Bdef, Madrid-Montevideo, 2005, p. 672.

tema se presenta en la jurisprudencia y también es materia de debate en la doctrina.

En tal sentido, en la jurisprudencia encontramos lo resuelto por el Juzgado Nacional de Comercio N.º 7, en 1989 en los autos “Arthur Martín” dónde se sostuvo que los privilegios se rigen por la *lex fori* y, por lo tanto, se negó el reconocimiento de un privilegio consagrado en la ley extranjera, pero no en la ley local (14).

En un trabajo anterior, compartimos la opinión de Juan Dobson, quien dice que este tema está contemplado indirectamente en el art. 239 de la LC, cuando prescribe: “Existiendo concurso, solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”. Posteriormente, cuando se enumeran los privilegios en los arts. 241 —créditos con privilegio espacial— y 246 de la LC —créditos con privilegio general— no se consagra ningún privilegio para el crédito que reconoce la ley extranjera pero no la ley nacional (15).

V. Derecho internacional privado de fuente convencional

En el ámbito convencional, nuestro país se encuentra vinculado a diversos Estados a través de los Tratados de Montevideo.

V.1. Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889

Este instrumento vincula convencionalmente a la Argentina con Bolivia, Perú y Colombia.

La materia privilegios está regulada por el art. 44. El citado precepto establece: “Los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la declaración de esta, se respetarán, aun en el caso en que los bienes sobre que recaiga el privilegio se transporten a

otro territorio y exista en él, contra el mismo fallido, un juicio de quiebra o formación de concurso civil.

“Lo dispuesto en el inciso anterior solo tendrá efecto cuando la traslación de los bienes se haya realizado dentro del plazo de la retroacción de la quiebra”.

Werner Goldschmidt señala que “no es nada claro ni qué es lo que se respeta ni cómo se respeta” (16).

Carlos Alberto Alcorta señala que “la expresión ‘se respetarán’ indica que en el propio Tratado se consideran válidos esos privilegios aún fuera del lugar donde la quiebra ha sido pronunciada” (17).

María Elsa Uzal expresa que lo dispuesto en la norma debe entenderse que no alcanza a los desplazamientos que se realicen con posterioridad al decreto de falencia (18).

V.2. Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1939/40

Este instrumento nos vincula convencionalmente con Uruguay y Paraguay.

Es menester señalar que la regla referida a los privilegios prevista en el Tratado de 1889 no fue reproducida en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940.

VI. Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza

En el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se redactó y presentó en el año 2018

(14) JNCom. N.º 7, Sec. N.º 14, “Arthur Martín”, 11/09/1989, citado por ROUILLON, Adolfo A. N., “Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza”, en International Insolvency Institute, www.iiglobal.org.

(15) DOBSON, “Procedimiento...”, ob. cit., p. 672. Sostuvimos esta posición en una obra anterior, véase: GERBAUDO, Germán E., “Insolvencia transfronteriza”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 240.

(16) GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1954, 2ª ed., t. III, p. 47.

(17) ALCORTA, Carlos A., “Pluralidad de concursos y el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889”, JA 75-424.

(18) UZAL, María Elsa, “Panorama de la regulación de insolvencia en el derecho comparado y en el Derecho Internacional Privado Argentino”, LA LEY 2008-C, p. 828.

un Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza (19).

La Comisión encargada de redactar el Anteproyecto se basó en la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés (20).

El Anteproyecto diseña un sistema de insolvencia transfronteriza de derecho internacional privado de fuente interna tomando como base la Ley Modelo de UNCITRAL, pero con la realización de adecuaciones a nuestro derecho (21).

(19) Véase: “Se presentó Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza”, 15 de agosto de 2018, www.justicia2020.gob.ar. Nos ocupamos del mismo en un trabajo anterior, véase: GERBAUDO, Germán E., “Consideraciones generales sobre el Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza”, en *Diario Derecho Comercial, Económico y Empresarial*, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, 177, Buenos Aires, 12/09/2018. También en otros trabajos posteriores sostuvimos la necesidad de adoptar el Anteproyecto del año 2018, véase: GERBAUDO, Germán E., “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19”, en *SJA 10/06/2020*, p. 3, JA 2020-II; GERBAUDO, Germán E., “Crisis global por pandemia COVID-19 e insolvencia transfronteriza”, en *Diario Derecho Comercial, Económico y Empresarial*, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, 295, Buenos Aires, 10/03/2021. Asimismo, dicho Anteproyecto fue presentado por los Dres. Adolfo A. N. Rouillon y María Elsa Uzal en una conferencia conjunta brindada el miércoles 17 de octubre de 2017 en el Aula Alberdi de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

(20) En nuestro país encontramos como antecedente que en el año 2002 siendo ministro de Justicia y Derechos Humanos el Dr. Jorge R. Vanossi por resolución 111 se creó una comisión para abordar la regulación de la insolvencia transfronteriza con la participación de Ana Isabel Piaggi, Adolfo Rouillon, Sergio Le Pera, Mariano Gagliardo, Efraín Hugo Richard, Juan A. Anich, Julio César Rivera, Héctor Alegria, Juan M. Dobson y Juan Travieso. La Comisión elaboró un Proyecto de Ley siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL.

(21) La necesidad de adoptar la Ley Modelo de UNCITRAL con adecuaciones viene siendo ampliamente postulada por nuestra doctrina, véase entre otros los siguientes trabajos: ALEGRIA, Héctor “Proyecto de Código Civil y Comercial, Derecho Comercial y Derecho Concursal”, en *DCCyE*, 2012 (octubre), p. 29; ALEGRIA, Héctor C., “El Derecho Comercial y sus principales problemáticas”, en *La Ley*, Supl. Actualidad, 12/02/2013, p. 1; ARAYA, Tomás M., “Reflexiones sobre la problemática de la quiebra transfronteriza”, en *DCCyE* 2011 (agosto), p. 59.

La citada ley modelo es un instrumento de *soft law* que no procura unificar el derecho de insolvencia, sino suministrar soluciones de carácter procesal, poniendo su acento en la cooperación jurisdiccional internacional.

El objetivo de la ley modelo “es promover una legislación moderna y equitativa para aplicar en los casos en que un deudor insolvente tiene bienes en más de un Estado” (22).

La Ley Modelo seguida por el Anteproyecto presenta una alta adhesión a nivel universal. En la actualidad, 49 países de diversas regiones y con diferentes sistemas jurídicos han aprobado regulaciones para la insolvencia transfronteriza siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL (23).

Asimismo, cabe indicar que distintos países de la región que fueron modificados sus regímenes de insolvencia han diseñado sistemas de insolvencia transfronteriza siguiendo los lineamientos de la citada Ley Modelo. Así ocurre en Méjico (2000), Colombia (2006), Chile (2014), la República Dominicana (2016), Panamá (2017) y Brasil (2020). También se indica en la nota de elevación del Anteproyecto que existen iniciativas similares en El Salvador y Paraguay.

Con relación al tema que nos ocupa en la presente colaboración debemos tomar en consideración los arts. 2º y 13, inc. 2º del Anteproyecto.

El art. 2º bajo el acápite de “definiciones” contiene diversas calificaciones. Así en el inc. ñ) se indica: “Por ‘prelación’ o ‘privilegio’ se entenderá la calidad, nacida por efecto de la legislación concursal, que asiste a un crédito para ser pagado con preferencia o prioridad respecto de otro u otros créditos”.

El art. 13 en su inc. 2º establece que los privilegios se rigen por la *lex fori*. En tal sentido se expresa: “La existencia de privilegios y su orden de prelación se regirán por la legislación concursal

(22) ROUILLON, Adolfo A. N., “Cooperación concursal internacional”, *LA LEY* 2016-A, p. 639.

(23) Puede consultarse el estado de situación de la Ley Modelo en la web de UNCITRAL: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

argentina". No obstante, seguidamente se dispone que si por aplicación de esa norma, a un crédito extranjero no le correspondiera privilegio, participará en el concurso integrando igual categoría que los acreedores quirografarios locales; salvo que el crédito pagadero exclusivamente en el extranjero tuviera carácter subordinado conforme a la ley argentina o extranjera aplicable.

VII. Conclusiones

Consideramos acertado el criterio según el cual los privilegios se rigen por la *lex fori*. Por lo tanto,

es la ley del lugar donde se abre el proceso concursal la que determina que crédito es privilegiado y el orden de prelación.

No obstante, pensamos que no se puede colocar a los acreedores extranjeros en un rango inferior a los créditos locales quirografarios o comunes.

El criterio de que los privilegios se rigen por la *lex fori* presenta consenso en la doctrina, es el previsto en el Reglamento UE 2015/848 y en el Anteproyecto del año 2018.

Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en las sociedades comerciales

¿Resulta válido dejar sin efecto los deberes de lealtad y diligencia en las SAS?

Lorena R. Schneider (*)

Sumario: I. Notas iniciales.— II. ¿Podrán dejarse sin efecto contractualmente los deberes de lealtad o diligencia en las SAS o en cualquier otro tipo societario?— III. Cláusulas exonerativas o modificatorias de la responsabilidad de los administradores sociales.— IV. Función del capital social y el riesgo de insolvencia.— V. Razonabilidad y criterio de interpretación restrictivo.— VI. Notas finales.

I. Notas iniciales

Poco expresa la Ley de Apoyo al Capital Empleado (LACE) con relación a los administradores sociales en las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) más que: “la administración social estará a cargo de una o más personas humanas, socios o no, designados por plazo determinado o indeterminado en el instrumento constitutivo o posteriormente”, a lo que adicionalmente dispone: “les son aplicables a los administradores y representantes legales los

deberes, obligaciones y responsabilidades que prevé el art. 157, de la Ley 19.550”.

Precisamente, el art. 157, LGS, hace ver que los gerentes tienen los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que los directores de la Sociedad Anónima; no pueden participar por cuenta propia o ajena, en actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y unánime de los socios. Establecido ello, cabe admitir que el régimen aplicable a los administradores de las SAS será finalmente el contemplado por los arts. 59 y 274, LGS, ccdds.

(*) 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 (Univ. 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.

Pues bien, el escaso marco regulatorio pone de resalto la necesidad de analizar algunos interrogantes: ¿podrán los socios en la SAS prescindir de un órgano de administración? La propia LACE, en el art. 49, al regular la organización jurídica interna de la SAS, dispone —en lo pertinente— que: “los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y de más normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. Los órganos de administración, de go-

bierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la SRL y las disposiciones generales de la LGS". La norma es, a todas luces imperativa, no pudiendo las partes prescindir de tal órgano.

En esa línea, Arecha ha dicho que, a modo de ejemplo, puede señalarse que los socios de la SAS en mérito de la autonomía de la voluntad no podrán: (i) establecer que la SAS no cuente con órgano de gobierno y/o de administración, ya que del contenido del Capítulo IV de la LACE y del art. 158, del Cód. Civ. y Com. se desprende que solo puede prescindir el órgano de fiscalización; (ii) designar en el órgano de administración a una o más personas jurídicas en la medida que el art. 50, de la LACE, solo permite que el órgano de administración esté integrado por personas humanas que pueden ser socios o no; (iii) no designar administrador suplente en el caso en que se prescinda del órgano de fiscalización ya que el mismo art. 50, de la LACE impone designar, al menos, un suplente precisamente en caso de que se prescinda del órgano de fiscalización; y (iv) disponer que los registros contables sean llevados en formato papel u otro que no sea el digital, que exige el art. 58 de esa norma. Tampoco podrán en mérito de la autonomía de la voluntad establecer normas en el instrumento constitutivo que alteren el derecho a la aprobación o impugnación en reunión de socios de los estados contables, ya que se trata de una prerrogativa que el art. 69, de la LGS, reconoce como irrenunciable y establece expresamente que cualquier convención en contrario "será nula" (1).

En este marco, cabe indagar: ¿podrán los socios en las SAS —o en cualquier otro tipo societario *reglamentar contractualmente* los deberes a cargo de los administradores de manera general? ¿podrán disponer de los deberes de lealtad y diligencia? Más aún: ¿qué ocurre si la sociedad

resultare beneficiada con el actuar desleal del administrador?

La respuesta no es tan simple: la potestad de reglamentar tales deberes encuentra su razón de ser en las siguientes premisas básicas: (i) la *autonomía de la voluntad*, naturalmente sometida a límites, pero no sin antes cumplir con el orden de prelación normativo que la misma LACE dispone; y (ii) el *tipo de conducta que se desee reglar o dejar de lado* (negligencia, culpa o dolo), en tanto no toda acción u omisión del administrador podrá ser válidamente dejada de lado. Esto último cobra mayor relevancia si tenemos especialmente en cuenta que la responsabilidad de los administradores es *subjetiva y personal*, en tanto importa la conducta del sujeto para atribuirle tal responsabilidad.

Ello por cuanto, la posibilidad de *limitar, disminuir o eximir* de responsabilidad a los administradores sociales presenta particularidades que deben necesariamente examinarse en tanto se dirigen fundamentalmente a *trasladar a la sociedad los riesgos que según la ley deberían pesar sobre el administrador*, ya que este es quien tiene bajo su poder inmediato la gestión que debe vigilar o procurar que no sobrevenga ningún perjuicio en la medida de lo posible. De hecho, los administradores son adversos al riesgo; ese el *precio* que los accionistas están dispuestos a pagar por esa asunción de *riesgo* por parte del administrador.

De inicio debe decirse que los pactos de exoneración o de limitación de responsabilidad —en cualquier ámbito en que se los trate— resultan complejos, ya que plantean problemas de conciliación con la idea, comúnmente aceptada, de que la noción de obligación presupone no solo la existencia de una deuda, sino, también, la responsabilidad del deudor por la falta de cumplimiento o por la defectuosa ejecución de la prestación.

II. ¿Podrán dejarse sin efecto contractualmente los deberes de lealtad o diligencia en las SAS o en cualquier otro tipo societario?

De modo preliminar cabe admitir que el principio de la autonomía privada nunca podrá ser absoluto, se encuentra limitado —al menos—,

(1) ARECHA, Juan M., "Los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los socios en las SAS y el Orden de Prelación de Normas", disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1235/Los%201%C3%ADmites%20al%20ejercicio%20de%20la%20autonom%C3%ADa.pdf?sequence=1>

por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Los intereses que el derecho privado disciplina existen en la vida con independencia de la tutela jurídica y se mueven a través de continuas vicisitudes, dondequiera se reconozca a los individuos un círculo de bienes de su pertenencia, sometido al impulso de su iniciativa individual. Los particulares mismos, en sus relaciones recíprocas, proveen a la satisfacción de las necesidades propias según su libre apreciación mediante cambio de bienes o servicios, asociación de fuerzas, prestación de trabajo, préstamos o aportación común de capitales, etc. La iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados (2).

En un sentido muy general se entiende por autonomía privada el poder de autodeterminación de la persona. De modo que podría ser definida como aquel *poder complejo* reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, *con la consiguiente responsabilidad* en cuanto actuación en la vida social (3). Es la autonomía de la voluntad la que en el acto jurídico (o negocio jurídico) encuentra la manifestación más saliente. Se concede al sujeto amplio poder para estructurar las relaciones jurídicas que le atañen, según propia voluntad declarada (4).

Para Spota la autonomía "...es aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica. Esta función jurídica, este papel de creador de relaciones jurídicas, nos señala que el campo propio donde la autonomía de la voluntad adquiere particular relevancia lo es en el de los contratos; aquí en-

contramos la voluntad jurídica de las personas y la fuerza de la ley actuando de consumo. Esta última confiere a la voluntad jurídica exteriorizada con el fin inmediato de constituir relaciones jurídicas, una significación jurídica" (5).

Este instituto ampliamente reconocido, y que tanta importancia tiene hoy, encuentra como antecedente al art. 1134 del Código Civil francés, que expone: "las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley". Nuestro ordenamiento lo recoge en gran cantidad de normas y encuentra asimismo reconocimiento expreso en la Carta Magna [art. 19 (6)]. Es una posición jurídica, y como tal integra el concepto de propiedad constitucionalmente protegida (art. 17 CN). El contrato importa la disposición de derechos y en este sentido es asimilable a la propiedad (7).

El Código Civil y Comercial sancionado en el año 2015 no en pocas de sus normas hace prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes. Dado que la sociedad es un contrato, pese a ser un contrato incompleto por excelencia (8), es un contrato aun en el caso de la sociedad de un solo socio; y se conjugan normas de singu-

(5) SPOTA, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil. Contratos", Depalma, Buenos Aires, 1974, vol. I., p. 20 y sgtes.

(6) Art. 19, CN: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo 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.

(7) LORENZETTI, Ricardo, L., "Tratado de los Contratos. Parte General", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 117 y ss.

(8) Es contrato aquella sociedad conformada por dos o más personas, a menos que se reduzca a uno sus socios y, será, esta última —la unipersonal—, considerada como un acto unilateral de voluntad, por haber sido constituida por un solo socio, en tanto no se incorporen a ella nuevos socios. Después de todo ¿qué tan trascendente podrá ser la manera de entender su naturaleza (contrato, acto unilateral de voluntad)? En ambos casos, estaremos frente a subespecies de los actos jurídicos, es decir, de actos susceptibles de adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas (arts. 259, 957, s.s. y concs., del Cód. Civ. y Com.) y, más aún, si se acepta que estamos frente a un acto unilateral de voluntad, rápidamente podrá advertirse que le son aplicables de modo subsidiario las normas establecidas para los contratos.

(2) BETTI, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 39.

(3) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

(4) CIFUENTES, Santos, "Negocio Jurídico", Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 123 y ss.

lar trascendencia, como es la que establece la libertad contractual (*autonomía de la voluntad*) tanto para celebrar el contrato y como para determinar su contenido (art. 958). A la par de ello, es importante remarcar que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes: ello hace referencia al efecto vinculante que pesa sobre los contratos (*fuerza obligatoria de los contratos*, art. 959).

De tal manera la autonomía de la voluntad se vincula íntimamente con la fuerza obligatoria de los contratos. Ello supone que el contrato —acto jurídico— libremente pactado (con discernimiento, intención y libertad) obliga a las partes. Por tanto, los pactos nacen para ser cumplidos, en cuanto tienen como finalidad el de ser cauces de cooperación y de convivencia social de los hombres en sociedad.

¿Cuáles son, entonces, las limitaciones a la autonomía de la voluntad?

La fuerza obligatoria del contrato podrá ceder si las partes han echado mano a normas imperativas o indisponibles, atendiendo al plexo de normas contenidas en el Código Civil y Comercial que en conjunto deberán allí observarse: *orden público* (art. 12), *renuncia de ley* (arts. 13 y 944), *nulidad absoluta y relativa* (art. 386), *libertad de contratación* (art. 958), *efecto vinculante* (art. 959), *carácter de las normas legales en los contratos* (art. 962, que establece las *normas supletorias*), *prelación normativa* (art. 963) y *derecho de propiedad* (art. 965). Los efectos de haber acudido a normas imperativas o indisponibles dependerán de los intereses tutelados —privados o el interés general— (nulidad absoluta o relativa, art. 386). Además, podrá aparecer comprometido el orden público, la moral (objeto ilícito, imposible, art. 1003) o prohibido (art. 1004) o las buenas costumbres. En estos últimos casos la indisponibilidad será de carácter absoluto. A ello puede añadirse la anulación del contrato viciado de lesión (art. 332) o un contrato celebrado en violación al art. 10 (*abuso del derecho*), o que contenga *cláusulas abusivas* (art. 1118 y s.s.) o con *abuso de la posición dominante* (art. 11).

No solo ello; los límites a la autonomía de la voluntad surgen una cantidad suficientes de importantes otras disposiciones como son (art. 9: *los derechos deben ser ejercidos de buena fe*; art.

729: *deudor y acreedor deben actuar con cuidado y previsión (buena fe)*; art. 961: *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe*; art. 1061: *el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe*). El fundamento —además— lo encontramos en el *principio de conservación del contrato (favor contractus*, dispuesto en el art. 1066) y hasta en el *principio de protección de la confianza (favor debitoris*: confianza y lealtad que se deben recíprocamente las partes —art. 1067—), si tenemos especialmente en cuenta que las primeras intérpretes del contrato son, precisamente, las partes.

A todo ello deben adicionarse —claro está—, por imperio del art. 150, del Cód. Civ. y Com., las normas imperativas de la ley societaria que rigen para las SAS, v. gr. arts. 1 (*tipicidad*), 13 (*estipulaciones nulas*) 16, 17, 18, 19 y 20 (*régimen de nulidad*), 54 (*dolo o culpa del socio o controlante e inoponibilidad de la persona jurídica*), 58 (*actos notoriamente extraños al objeto social*), 94, inc. 5° (*disolución por pérdida de capital social*), 96 (*pérdida del capital*), entre otras. Casi podría decirse que es únicamente con relación a los arts. 18, 19 y 20 y los relacionados con el capital social —antes indicados—, donde encontramos —en materia societaria— al orden público societario tan debatido.

A tal punto es discutido el orden público en materia societaria, que se advierte que se activa casi de modo exclusivo cuando entran en puja o se encuentran comprometidos intereses de los terceros o exista probabilidad de ocasionales un daño.

En consecuencia, la autonomía no es ni puede ser ilimitada; por el contrario, está sometida a claros y definidos límites, dirigidos a la tutela de los intereses generales (aspecto social de la autonomía de la voluntad) y de los intereses de los terceros, los cuales no se podrían dejar a merced de la voluntad del individuo. Pero, dentro de esos límites, se puede muy bien decir que es decisiva, si no se quiere decir en absoluto que es soberana (9).

(9) MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho civil y Comercial”, Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 340.

III. Cláusulas exonerativas o modificatorias de la responsabilidad de los administradores sociales

Tal como se anticipara, a las SAS se les aplica subsidiariamente las normas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que remiten —como es sabido— al régimen dispuesto para la Sociedad Anónima. De tal modo, les resultan aplicables las normas 59, 271, 272, 273 y 274, srgtes. y concs., de la LGS y las normas imperativas del Código Civil y Comercial. Luego de ello, resultarán válidas las convenciones de las partes, aunque ello presenta matices en tanto el mismo art. 157, de la LGS, se encarga de establecer que los administradores “no pueden participar por cuenta propia o ajena, en actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y unánime de los socios”.

Es decir que, de conformidad al detalle de prelación de normas, debe admitirse que para atribuir valor o alcance a la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de SAS deberá ponderarse si ella se ajustó a las normas imperativas de la LACE (v.gr. el art. 40 que regula el capital social; art. 41, para la suscripción e integración del capital social; art. 49, para la organización jurídica interna; art. 50 para el órgano de administración), de modo subsidiario a las normas imperativas de la LGS antes indicadas, destinadas a los administradores y a las normas imperativas del Código Civil y Comercial.

Por consiguiente, el régimen de responsabilidad de los administradores se encuentra conformado, fundamentalmente, por los arts. 59, 271, 272, 273 y 274, de la LGS y arts. 158, 159, 160 y 161, del Cód. Civ. y Com. De los arts. 59, 274, de la LGS y 160, del Cód. Civ. y Com. surge el carácter solidario que cabe a los administradores. En tal escenario es dable admitir que el administrador de las SAS debe actuar con la *lealtad y diligencia* del *buen hombre de negocios*, al igual que ocurre con cualquier administrador de cualquier tipo social.

Ello significa que —como principio general—, los administradores sociales responden solidaria e ilimitadamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros como resultado de los siguientes supuestos: (i) mal desempeño en el cargo, de acuerdo con la pauta interpretativa del

señalado art. 59, (omisión de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios); (ii) violación de la ley; (iii) violación del estatuto social; (iv) violación de los reglamentos sociales; (v) daño producido por dolo, abuso de facultades (léase exceso de facultades) y culpa grave.

Sin embargo, resulta menester resaltar que los deberes de lealtad y diligencia constituyen dos deberes completamente diferentes que no admiten ser identificados o tratados por analogía, en tanto no comparten semejanzas o afinidades que permitan percibirlos de modo similar; todo lo contrario.

III.1. ¿Podrá ser reglado contractualmente el deber de diligencia?

El deber de diligencia (*duty of care*) tiende a evitar que los administradores conduzcan negligentemente la empresa. Ello se da cuando aquellos prefieren dedicar más tiempo a sus intereses personales y prestar menos atención a la gestión encomendada por los socios y desarrollar una gestión más diligente. Este deber persigue el grado de dedicación al trabajo que exhiban los administradores en sus funciones de administrar la sociedad. La diligencia requerida a un administrador es una diligencia que se adecua al tiempo y lugar; y si bien se le puede reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no es un parámetro de conducta; por el contrario, al director se le exige coordinar factores de la producción de manera ordenada; el beneficio o pérdida no es relevante para el orden jurídico, según ha explicado Gagliardo (10).

El derecho norteamericano ha definido las infracciones del deber de diligencia y, su consecuente responsabilidad ante la sociedad. En un importante fallo, “Francis v. United Jersey Bank” (11), se distinguieron las conductas a seguir por parte de los directores de las sociedades anónimas en su carácter de administradores sociales: a) obtener un mínimo de conocimiento del negocio; b) mantenerse informado acerca de las actividades desarrolladas por la sociedad; c) monitorear e inmiscuirse en las activida-

(10) GAGLIARDO, “Sociedad hueca”, ED, 182-519.

(11) Francis v. United Jersey Bank, 432 A, 2d 814 (N.J.1981).

des y cuestiones vinculadas con la sociedad; d) atender a las reuniones de directorio en forma regular; e) revisar la situación financiera de la sociedad regularmente; f) requerir información sobre cuestiones dudosas; y por último, g) objetar actos presuntamente ilegales.

En tal sentido el deber de diligencia surge en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, del art. 1763, del Cód. Civ. y Com., en tanto establece: “La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o en ocasión de sus funciones” (nótese el sensible avance en la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica, en atención al art. 43, del Código de Vélez —ley 17.711—, que establecía: “no se puede ejercer contra personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, individualmente, hubieren cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”).

En ese sentido, cabe sostener que el art. 1763 antes citado ha zanjado el camino para que el Proyecto de Ley de Reformas a la LGS haya ensayado el art. 59 *quinquies* que, de expreso modo, fija el carácter de dicha responsabilidad en los siguientes términos: “los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido —su obligación es de medios—, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible objeto de la resolución respectiva”. La señalada norma —el art. 1763 del Cód. Civ. y Com.— tiene singular relevancia, dado el sistema de prelación de normas fijado por el art. 150, del Cód. Civ. y Com.

¿Podremos reconocer la regla de discrecionalidad empresarial o Business Judgment Rule en una SAS? El art. 59 *quinquies* proyectado, entonces, no hace más que receptar de modo expreso la regla de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*), aun cuando pueda válidamente sostenerse que en el ordenamiento argentino se encuentra tácitamente admitida; en tanto sus elementos (buena fe, diligencia e información suficiente) surgen y se identifican con los deberes establecidos en nuestro sistema jurídico de normas tanto de la LGS, como en el Cód. Civ. y Com.

Dado que el deber de diligencia de los administradores es una obligación de medios (12) y no una obligación de resultados, se comprende fácilmente que la jurisprudencia —norteamericana— creara tempranamente la regla del juicio empresarial (Business Judgment Rule), que tiene, precisamente, por objeto limitar el control judicial de las decisiones empresariales. La regla establece que los jueces no revisarán materialmente (su “calidad”) las decisiones de carácter empresarial (“decisiones estratégicas y de negocios”), tomadas por los administradores sociales (y los administradores no responderán por los daños que haya podido sufrir la sociedad), si el administrador ha tomado determinados recaudos (13), que veremos más adelante (14).

En otras palabras, cuando el administrador actúe con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia ni, por ende, responsabilidad. Por tanto, la regla hace suponer que cuando un administrador ha tomado una decisión empresarial, lo ha hecho con la suficiente información,

(12) La responsabilidad subjetiva parte del elemento personal que se refiere precisamente a la negligencia, culpa o dolo en contraposición a la responsabilidad objetiva en donde hay una ausencia de ese elemento subjetivo y el elemento del que se parte es objetivo, precisamente el uso de cosas peligrosas, el daño que por ese uso se cause. La responsabilidad es personal. El elemento personal es lo que importa (negligencia, culpa o dolo).

(13) ALFARO, Jesús, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en Alfaro, Jesús, Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014), Juste Mencía, Javier (coord.), Czur Menor-Civitas Thomson Reuters, 2015, p. 325.

(14) El derecho español en el art. 226, fija expresamente la protección de la discrecionalidad empresarial al disponer que el deber de diligencia se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal... con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el art. 230. Este último artículo, establece el régimen de imperatividad y dispensa que se analiza punto “Lealtad, imperatividad y dispensa”, de la presente obra. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

de buena fe y considerando honestamente que la decisión es beneficiosa para los intereses de la sociedad; y, por esa razón, se establece que cuando un administrador ha actuado de esa manera, los jueces no deberán intervenir *a posteriori* sobre la operación o actuación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones adoptadas por los administradores no hubieren sido muy acertadas (15).

Esta regla de exención de responsabilidad se funda en la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores. El objetivo de maximizar el valor de la compañía no es un resultado que pueda obtenerse indefectiblemente aplicando determinadas reglas de conducta. Los administradores asumen riesgos y toman decisiones en un entorno incierto. La regla trata de convertir la prestación de los administradores en una obligación de medios (desempeñar su cargo de forma que se logre el éxito de la empresa) y no en una obligación de resultado (lograr efectivamente el éxito de la empresa) (16).

Es así entonces, que en la responsabilidad de los administradores sociales debe examinarse la discrecionalidad empresarial. Su justificación se reduce a que no es posible establecer *a priori* lo que constituye la correcta decisión que se debía tomar. La actividad empresarial viene siempre presidida por la incertidumbre. A esta inseguridad se une la necesidad de que las decisiones empresariales a menudo se deban adoptar bajo una fuerte presión temporal, sin que los administradores puedan acceder a toda la información. Decidir en el ámbito de una actividad de empresa comporta siempre riesgos.

Recordemos, además, que el administrador puede quedar *exento de responsabilidad* cuando participe en la deliberación o resolución o que la conoció y deja constancia escrita de su protesta y, además, dé noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al direc-

torio, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial (art. 274, *in fine*, LGS).

Asimismo, conforme el art. 275, LGS, la responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad *se extingue* por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento o si no media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

En un mismo sentido, el art. 254 establece que una *asamblea posterior podrá revocar el acuerdo impugnado*. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

De tal manera, el deber de diligencia puede ser atenuado, porque la misma ley se ha encargado así de establecerlo posibilitando la eximición de responsabilidad (art. 274, 3er. párr.) o su extinción (art. 275). En ausencia de previsión estatutaria, el —, en su art. 158, fija las reglas de la asamblea autoconvocada y con voto unánime que puede perfectamente funcionar para subsanar los actos aquí analizados, incluso el caso de su art. 159, para el caso del administrador con interés contrario.

No obstante ello, ¿podrá ser reglamentado contractualmente el deber de diligencia? La respuesta es afirmativa, pero, sin embargo, presenta singularidades, no pudiendo convertirse en una fórmula general o absoluta. Así, el deber de diligencia *podrá ser razonablemente reglado —en ciertos y determinados casos—*.

De tal modo, se podrán establecer cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad con relación al deber de diligencia, en los siguientes casos, por ejemplo: (i) cuando el administrador deba adoptar alguna decisión que —dada la fuerte presión temporal—, implique no contar con toda la información necesaria o suponga autorizarlo a no seguir íntegramente todos los procedimientos predispuestos legal o estatutariamente; (ii) si la sociedad le dis-

(15) Illinois Appellate Court Shlensky v. Wrigley (1968) y Supreme Court of Delaware, in re “Aronson v. Lewi’s” (1984). Una recepción explícita de esta regla —que por cierto no ha sido recogida en ninguna Corporate Law estatal ni en el RMBCA—, se observa en el ámbito de buen gobierno corporativo en la sección §4.01 Principles ALLI.

(16) ALFARO, Jesús, ob. cit., p. 327.

pensare de la obligación de realizar las reuniones directoriales que debe llevar a cabo —al menos— cada tres meses (conf. art. 267, LGS); (iii) cuando se lo autorice a presentar los estados contables fuera del término establecido por el art. 234, *in fine*, LGS, etc.; (iv) cuando se pacte eximirlo de responsabilidad para casos de error humano u otras causas imprevisibles que pudieran impactar en su accionar.

Como puede verse, se trata ni más ni menos que se *graduar o atemperar el deber de diligencia* exigible al buen hombre de negocios, siendo ello perfectamente válido, en tanto y en cuanto no contradiga u ofenda el ordenamiento jurídico.

Puede decirse, además, que existen otros mecanismos jurídicos que protegen la eventual o excesiva exposición a la responsabilidad de los administradores, tal es el caso de los conocidos seguros D&O (*Directors and Officers*), que son básicamente una póliza que cubre a directores y administradores de las demandas de responsabilidad que puedan surgir como resultado de su actuación en la empresa cuya utilización es cada vez más frecuente. Básicamente son pólizas destinadas a cubrir los daños y perjuicios por incumplimiento de deberes derivados de la negligencia del director (excepto por negligencia grave e imprudencia).

Más aún, la propia ley de Delaware permite que las corporaciones incluyan en sus estatutos una disposición inmunizando a los directores contra responsabilidad monetaria personal por violación de su deber de cuidado —dicha disposición no podrá, sin embargo, evitar que los directores sean responsables por violar su deber de lealtad (17)—. Este último deber no resultará tan sencillo, como se verá en punto siguiente.

III.2. ¿Podrá —por su parte— ser reglamentado el deber lealtad? ¿Podrá pactarse la “irresponsabilidad” o la “no responsabilidad” en caso de dolo o la culpa grave?

El deber de lealtad reconoce en el *interés social* un principio rector absoluto e indisponible

(17) Esta disposición, la Sección 102(b), está diseñada para promover la creatividad en el manejo de la empresa y la asunción de riesgos tomados de buena fe para aumentar la riqueza de los accionistas, https://corplaw.delaware.gov/esp/delaware_way/.

de la relación entre el administrador y la sociedad como bien jurídico superior de la organización al que el administrador ha de dirigir su actuación.

El deber de lealtad (*duty of loyalty*) tiende a evitar, según la expresión de Llebot Majo, que los administradores, por muy diligentes que estos sean, obtengan cualquier beneficio a expensas de la sociedad en un conjunto de situaciones, excluidas las comprendidas en el deber descripto precedentemente, en las que está presente un conflicto entre estos y el de la sociedad cuya empresa administran (18). El deber de lealtad completa la conducta de los administradores mediante el fin mediato de la satisfacción del “mejor interés social” (19). Se trata de un deber propio, no solo del representante (leal), sino común a cualquiera que asuma la posición de gestor de intereses ajenos. Esta radical ajenedad de los intereses que ha de servir el administrador le impide absolutamente la búsqueda de su interés personal a costa del social al margen, naturalmente, de la retribución que se haya pactado con la sociedad por cumplir con su cometido (20).

El deber de lealtad, en tal sentido, impone a los administradores obligaciones específicas de información y transparencia hacia la sociedad y deberes de no participación o abstención. Comporta también un deber de sujeción a las decisiones que el órgano de administración pueda adoptar con la finalidad de prevenir, conocer, mitigar o sancionar el conflicto o el incumplimiento del administrador. Y puede acarrear finalmente la obligación para el administrador de poner su cargo a disposición de la sociedad o, en su caso, dimitir o renunciar al mismo (21).

(18) LLEBOT MAJO, Josep-Oriol, “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, 1996, Madrid, p. 57.

(19) CEBRIÁ, Luis Hernando, “Presupuestos del deber de lealtad”, en Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, coord. por Luis Hernando Cebriá, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 143.

(20) ALFARO, Jesús, ob. cit., p. 363.

(21) MATEU DE ROS CERESO, Rafael, “Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la ley de sociedades de capital y del código de buen gobierno”, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 59.

El deber de obrar con lealtad encuentra sus fundamentos en el deber de fidelidad del mandatario, que se extiende a todos los casos de representación de intereses ajenos y en el deber de buena fe. Así, el administrador se debe conducir con la corrección de un hombre honrado, en defensa de los intereses cuya administración se le ha confiado, por encima de cualquier otra consideración, evitando obtener beneficio particular a expensas de la sociedad (22).

Como puede verse, este deber —a diferencia de lo que ocurre con el deber de lealtad— tendrá, en casi todos los casos, *contenido económico*, en tanto aquel deber alude a la *confianza* como valor económico. Quien celebre contratos no autorizados por la sociedad (art. 271), tuviere un interés contrario al de ella (art. 272) o compita con el ente (art. 273), inevitablemente se beneficiará o buscará beneficios económicos para sí o para terceros a él vinculados, lo que se traduce no solo en la obtención de dichos provechos sino —en algunos casos— en pérdidas para la sociedad que el administrador representa, decidiendo anteponer sus propios intereses al postergar el interés social.

Su importancia y nota diferenciante respecto del deber de diligencia se encuentra, asimismo, ínsito en que resulta intuitivamente evidente que *las conductas desleales apenas entrañan riesgo de error para los administradores*, puesto que es baja la probabilidad: (i) de que el administrador se equivoque en el juicio; tratándose de operaciones que se descalifican precisamente por la extracción excesiva de ventajas personales, todo el mundo sabe dónde están los límites; (ii) de que el juez yerre al valorar el caso, pues, a diferencia de lo que ocurre con el juicio de negligencia —que entraña una valoración técnico-económica compleja—, el juicio de lealtad es de orden moral o deontológico, y para ello, están bien preparados los jueces; y, (iii) de que el administrador tenga dificultades de prueba, al menos si está establecido un protocolo o procedimiento formal homologado para la aprobación de las transacciones potencialmen-

te conflictivas. En cambio, las conductas negligentes plantean serios problemas de error (23).

Por tanto, la violación al deber de obrar con lealtad consagrado por el art. 59, LGS, requiere normalmente *malicia*, pues se posterga el *interés social* en beneficio del interés propio o el de un tercero, y tendrá como fin último algún *rédito económico* para sí o quienes se vincule; por ello *la buena fe y la lealtad son dos nociones indisolublemente relacionadas, pues quien obra de buena fe actúa de manera leal y quien es leal, procede de buena fe*.

Los tribunales alemanes utilizan el criterio de la buena fe recogido en el §242 BGB, para examinar la validez de las cláusulas de limitación de la exoneración. La validez de las cláusulas de limitación y exención en los países *common law* se evalúa conforme a su “razonabilidad”, a falta de un reconocimiento expreso a las reglas de la buena fe u otro tipo de criterio similar. Bajo el criterio de no razonabilidad, las cláusulas de exclusión y limitación serán ineficaces en Holanda, según dispone el artículo 6:248 del NBW (24).

(23) PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iuserveritas/article/download/16269/16685>, p. 205, *id.*, <http://www.indret.com>, p. 67, *id.*, PAZ-ARES, C., “The Third Meeting of the Latin American Corporate Governance Roundtable”, <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/2576714.pdf>, p. 31.

(24) RUIZ SUTIL, C., “El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 48, N° 143, 2015. En este mismo sentido en el Cód. Civil surinés. En términos similares, dicho criterio es asumido en los países nórdicos, según lo expresa el parágrafo 36 de la Ley de Contratos. En Irlanda, algunas cláusulas de exoneración, calificadas como no razonables, se recogen en la Sales of Good Act. El enfoque inglés, que se basa en la interpretación del acuerdo, está centrado en el criterio de “razonabilidad” para declarar a las cláusulas de exención y limitación como inválidas, tal y como viene establecido en la UCTA. En efecto, se prohíbe ciertos tipos de cláusulas que limiten o exoneren responsabilidad, cuando se aprecie que sus términos no sean justos y razonables, a través de un examen que se realizará teniendo en cuenta las circunstancias de cada contrato. En el Derecho español, al igual que en el común de los ordenamientos jurídicos (cfr., así, art. 1229 del Cód. Civil italiano, art. 100 del Cód. suizo de las Obligaciones o parágr. 276 del Cód. Civil ale-

(22) ROITMAN, “Ley de sociedades...”, t. I, p. 883.

Recientemente, Menichino en el derecho italiano ha puesto de relieve que al coexistir en el ordenamiento jurídico regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva, las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad también pueden estar dirigidas a *atenuar* ambos tipos de regímenes (25).

Las primeras, adscritas a aquellas que recaen sobre los criterios de imputación de la responsabilidad (*an debeatur*) y que, por lo tanto, impiden su surgimiento; y las segundas, a aquellas que recaen exclusivamente sobre el “cómo” de la indemnización, específicamente sobre el *quantum debeatur* o la modalidad de la reparación. Esto, bajo una óptica de distinción entre la responsabilidad y el resarcimiento, donde la primera está particularmente referida al deber de resarcir el daño causado en virtud del incumplimiento de las obligaciones contractuales; y las segundas, al alcance del resarcimiento (26).

Sin embargo, la tendencia de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ha sido la de reagrupar estos dos tipos de cláusulas en una única disciplina y predicar de ambas figuras los mismos límites. Lo anterior, por una parte, teniendo en cuenta que ambas tipologías pueden recaer tanto sobre los criterios de imputación de la responsabilidad como sobre el monto indemniza-

mán), las cláusulas que exoneren al deudor de responder, en caso de incumplimiento doloso de la obligación, son nulas de pleno Derecho (en el sentido del art. 6.4º del Código Civil), siendo el precepto transcrito una norma imperativa, que trata de proteger, tanto el orden público como la moral social, conf. DE VERDA Y BEAMONTE, José, R, “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español”, Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4, 2005, p. 33-80, Universidad Diego Portales Santiago, Chile, p. 37.

(25) MENICHINO, Cristina, “Clauseole di irresponsabilità contrattuale”, Giuffrè, Milano, 2008, p. 3 y 6, con cita: “El desarrollo de la práctica de definir contractualmente una disciplina de la responsabilidad por incumplimiento diferente de aquella legal, encuentra un espacio fructífero de desarrollo en el comercio marítimo en Inglaterra dado el contraste existente entre, las exigencias económicas de esta actividad caracterizada por las posibilidades de incumplimiento del transportador por eventos de caso fortuito y fuerza mayor y, el cuadro jurídico que ofrecía el sistema del common law en materia de responsabilidad en el comercio marítimo”.

(26) DELOGU, Lucia, “Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile”, Cedam, Padova, 2000, p. 693.

torio. Y de otra parte, bajo la consideración de que finalmente el beneficiario de una cláusula de exoneración goza de limitación total y el beneficiario de una cláusula limitativa goza también de exoneración parcial.

El *Code Civil* francés no reguló expresamente las cláusulas modificativas de la responsabilidad, sistema que posteriormente fue replicado en Italia en el *Codice Civile* de 1865 (27). Ello significa que aun en ausencia de normas implícitas o explícitas del Código, ordenamientos como el francés y el italiano anterior al del 1942 adoptaron directamente la regla con base en los postulados de la tradición romana. Esto es, con fundamento en la contrariedad de este pacto al orden público, a las buenas costumbres y al principio de buena fe contractual (28). En efecto, un pacto que permita al deudor exonerarse de responder por una conducta que implica mala fe contraría las obligaciones de corrección y colaboración que deben existir entre deudor y acreedor.

Llegados aquí cabe preguntarse: ¿podrá pactarse exonerar de responsabilidad al administrador que actuó con dolo o culpa grave?

Antes de señalar algo más, es menester resaltar que no es posible pactar anticipadamente eximir la irresponsabilidad de una de las partes en caso del dolo o culpa grave, pues ello significaría condonar el dolo futuro o, sencillamente, restarle importancia al dolo o a la culpa grave. Semejante pacto importaría autorizarla para dejar de cumplir intencionalmente con una negligencia tan inexcusable que bien puede equipararse al hecho voluntario, lo que es manifiestamente inmoral.

La importancia del dolo es capital; se trata de toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maqui-

(27) MENICHINO, C., ob. cit., p. 7. Dolo que, bajo la idea de mala fe, engaño o fraude, es entendido en materia de cumplimiento contractual como la voluntad de incumplimiento consciente del daño y constituye un criterio de imputación de la responsabilidad.

(28) CECCHERINI, G., “Clauseole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato”, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 10. BIANCA, Cesare M., *Diritto civile*, V, “La responsabilità”, Giuffrè, Milano 1994, p. 65.

nación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación (art. 271, Cód. Civ. y Com.), y supone que su autor deba reparar el daño causado y responder solidariamente a la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero (275, mismo cuerpo legal). El fundamento no es otro que aquel donde el administrador no podrá verse exonerado de responder por las consecuencias dañosas que su incumplimiento ocasione al ente social.

Nuestro ordenamiento regula expresamente la dispensa anticipada de la responsabilidad en los siguientes términos: “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder” (art. 1743, Cód. Civ. y Com.). La indicada norma no podrá (en virtud del art. 13, Cód. Civ. y Com.) ser renunciada, sencillamente por estar prohibida la limitación de los supuestos de actuación allí dispuestos.

La responsabilidad causada por el dolo del deudor no puede ser limitada mediante un pacto entre partes, como señala el artículo 1001 del Cód. de las Obligaciones suizo; el art. 1229 del *Codice Civile* italiano; el art. 332, párr. 1º del Cód. Civil griego; el art. 1474 del *Code Civil* de Québec; el art. 1116 del Cód. Civil belga; el art. 2106 del Cód. Civil mexicano; el art. 1102 del Cód. Civil español; en el art. 1150 del *Code Civil* francés o el mismo precepto respecto del Cód. Civil de Luxemburgo. Una cláusula de tal naturaleza sería contradictoria con la obligación misma, pues la voluntad de crear la obligación se vería contrariada, al facultar al deudor para un consciente y deliberado incumplimiento. Aunque algunas de estas legislaciones no expresen directamente el rechazo de las cláusulas, cuando media negligencia grave, en la mayoría de los sistemas, salvo el belga, coinciden en asi-

milar el dolo a la negligencia grave para neutralizar la eficacia de dichos pactos (29).

Ello supone que serán *nulas* [y lo serán por objeto prohibido (30)]: (i) cláusulas contrarias al orden público (arts. 11 y 12); (ii) cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles; (iii) cláusulas que atenten contra la buena fe (art. 9); (iv) cláusulas abusivas o que excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10); (v) cláusulas que liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo (art. 1743). Aquí queda comprendida también la noción de culpa grave (31) por resultar asimilable al dolo. Tan así es que muchas de las veces resultará extremadamente dificultoso distinguir las conductas constitutivas de uno y otra.

En derecho alemán, por su parte, el régimen particular de las cláusulas restrictivas de responsabilidad queda amparado en el §276.3 del BGB

(29) RUIZ SUTIL, C., “El resurgimiento de los pactos limitativos...”, ob. cit., donde se cita: La mayor parte de legislaciones caribeñas de tradición española o francesa establecen límites a los pactos limitativos de responsabilidad basados en la ley, moral u orden público (art. 1106 del Cód. Civil de Panamá; art. 1207 del Cód. Civil de Puerto Rico; art. 1547 del Cód. Civil de Honduras o el art. 2437 del Cód. Civil de Nicaragua). De igual manera existen reglas análogas sobre la no validez de las cláusulas exonerativas que responden al dolo o a la culpa grave de uno de los estipulantes, vinculadas al principio culpa lata dolo aequiparatur. Los códigos que han resuelto en este sentido son el de Argentina (arts. 507 y 511); el de Chile (arts. 44 y 1465); Colombia (arts. 64 y 1522); Puerto Rico (arts. 1054, 1055 y 1056); y art. 940 del Cód. Civil de Haití. La doctrina y la jurisprudencia venezolana están de acuerdo en negar la validez a las cláusulas exonerativas de responsabilidad cuando el incumplimiento se debe al dolo o culpa grave.

(30) Por cierto, nada obsta decir que podremos estar ante una nulidad parcial que afecte exclusivamente la cláusula de exoneración de responsabilidad en violación a la ley y no impacte sobre otras disposiciones válidas, si son separables, debiendo el juez —llegado el caso— integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes (conf. art. 389, Cód. Civ. y Com.).

(31) La culpa grave es un comportamiento groseramente descuidado que supone no comprender lo que para cualquiera sería evidente e inteligible, al extremo que hace presumir dolo en su autor. Así, podría decirse que la culpa grave es un estándar derivado del dolo.

que prescribe que el deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo. Del precepto se colige que las partes podrán ampararse en estas convenciones, salvo disposición en contra existente en algunos contratos (32).

Al respecto se ha dicho que la culpa grave debe razonablemente ser asimilada al dolo a la hora de calibrar la validez de estas cláusulas. Lo contrario importa una claudicación del sistema, dada la muy difícil prueba del dolo del deudor, que pesa sobre el acreedor, que en los hechos posibilitaría que muchos incumplimientos dolosos pudieran —por falta de dicha prueba— ser reputados culposos. Y, lógicamente, que sus consecuencias puedan resultar alcanzadas por la cláusula limitativa de responsabilidad. La dispensa anticipada de la culpa grave atenta contra la esencia misma del concepto de obligación, posibilitando desde el principio una fácil liberación del deudor que el derecho no puede consentir (33).

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad, procedente del dolo, son contrarias al orden público económico, porque, siendo el dolo el máximo grado de incumplimiento posible de una obligación, dichas cláusulas suponen eximir al deudor de todo tipo de responsabilidad por la falta de cumplimiento de aquella (si este no responde del incumplimiento doloso, con mayor razón no responderá del incumplimiento culposo o negligente). Estas cláusulas suponen, pues, un ataque frontal a la figura del *contra-*to concebido como un precepto de autonomía privada (34). Observa Díez-Picazo y Ponce de León, “que las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo deben considerarse

(32) Los parágr. 308 y 309 del BGB se distinguen entre las cláusulas que limitan la responsabilidad (Haftungsbeschränkungsklausel) y las de no responsabilidad (Haftungsausschlussklauseln).

(33) VALLESPINOS, Carlos G., “Cláusulas limitativas de la responsabilidad en el Derecho Civil y en la ley 24.240”, fuente: http://www.saij.gov.ar/doctrina/daca980029-vallespinos-clausulas_limitativas_responsabilidad_en.htm

(34) DE VERDA y BEAMONTE, José R., “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, ob. cit., p. 38.

como inadmisibles, pues supondrían permitir la libre comisión de un ilícito” (35) (36).

¿Significa, entonces, que en nuestro derecho no podrá reglamentarse o pactarse contractualmente dejar de lado el deber de lealtad? Pues, bien, del análisis antes realizado cabe admitir que podrán *razonablemente reglarse*, con *carácter restringido* y para casos en particular que podrían ensayarse en los siguientes: (i) permitir la realización de determinada transacción con la sociedad; (ii) autorizar el uso de ciertos o determinados activos sociales; o (iii) consentir el aprovechamiento de una oportunidad de negocio, si ello no causare daño o pueda perjudicar a la sociedad. Ello, sin embargo, no es ni más ni menos que lo que la mismísima ley prevé (157,

(35) *Ibidem*, p. 40, con cita: el deudor doloso, responde “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” del propio Código, cuando preceptúa que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. En sentido parecido, afirma MONTÉS PENADÉS (n. 1), p. 152, que la norma contenida en el art. 1102 del Código Civil, que veta la exoneración por dolo, “se halla en la línea tradicional de estimar que el dolo es un ilícito y la acción de dolo una acción ‘ex delicto’. La oposición a la moral de las cláusulas de exoneración de responsabilidad procedente de dolo explica que la no admisión de este tipo de cláusulas ha sido una constante histórica. En las fuentes romanas encontramos diversos textos contrarios a los pactos de exoneración de responsabilidad por dolo, recogidos como indubitada la opinión de que no son admisibles, por ser contrarios a la buena fe y a las buenas costumbres. Se dice, así: “Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt quidam et dolum et culpam (...) nam hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsu putat non valere, si convenit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita utitur” (ULPIANUS, D. 50.17.23, pr., “De diversis regulis iuris antiqui”). La misma opinión, y con el mismo argumento, se expresa, a propósito del depósito y del comodato: “Si convenit, ut in deposito et culpa lata praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo non sequenda est” (ULPIANUS, D. 16.3.1.7, “Deposito vel contra”); “In commodata haec pacta, ne dolum praestetur, rata non est” (PAULUS, D. 13.6.17, pr., “Commodati vel contra”)

(36) Por su parte, el derecho alemán (§309, BGB) incluye, además, otros institutos que insertos en las cláusulas resultarán abusivas, entre ellas, las que excluyen la responsabilidad en caso de lesión a la vida, a la integridad física, a la salud y en caso de culpa grave, del predisponente o de sus auxiliares.

271, 272, 273 y conchs., de la LGS), pero reglado anticipadamente de modo contractual o estatutario.

Ello, no obstante aceptar que el deudor doloso no puede excluir anticipadamente su responsabilidad ni tampoco limitar la extensión del daño resarcible, aunque esto último puede —eventualmente— presentar algún matiz que surgirá seguidamente.

Al respecto, cabe puntualizar, además, que —salvo si hubiese existido principio de ejecución del derecho conferido en el contrato, y alegado la pretendida irresponsabilidad convencional— todo el negocio jurídico caería como consecuencia de la nulidad absoluta de la cláusula. Ello no obsta —por cierto— que las partes eventualmente puedan pactar modificar la responsabilidad proveniente del dolo o la culpa grave (v.gr. que el administrador solo indemnice los daños directos o previsibles, siempre y cuando —claro está— dicha modificación no importe eximir de responsabilidad al administrador). Ello, por cuanto, no es posible atemperar o moldear contractualmente los efectos del dolo.

Ahora bien, como ha podido verse, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad se refiere exclusivamente a los pactos de renuncia previa —ello es— con anterioridad al incumplimiento de la obligación, hecho que determina el nacimiento de la responsabilidad del deudor, pero ¿podrá la sociedad renunciar al derecho a reclamar la responsabilidad por dolo del administrador si tal pacto tiene lugar después de haber tenido lugar el incumplimiento por parte de este? Absolutamente, nadie podrá obligar a la sociedad a iniciar acción si no encuentra voluntad para ello o —más aún— si el ente quisiera pactar su renuncia expresa a tal reclamo.

¿Qué ocurrirá en caso de conducta dolosa por parte del administrador o culpa grave que —sin embargo— no provoque daño a la sociedad? Sin lugar a dudas, no cabrá reclamación en tanto no hay nulidad por la nulidad misma, como se expresó en el fallo “Vistalba” (37); ¿podrá, así-

mismo, la sociedad autorizar al administrador a competir con la sociedad? Absolutamente, siempre por la asamblea y de modo expreso tal como lo dispone el art. 271, de la LGS.

Más aún, ¿qué ocurre si la sociedad resultare beneficiada con el actuar desleal del administrador o si el daño sufrido por esta es compensado por los beneficios provenientes de la autorización? El derecho español expresamente prevé la posibilidad de dispensar su responsabilidad en tales supuestos (art. 230, LSC). Esto último —en nuestro derecho— no sería otra cosa que la propia aplicación del art. 54, LGS.

En consecuencia, y en miras de que el límite de estas cláusulas será el no causar un daño a terceros ajenos al ente, es que no podrá ensayarse una tesis general tendiente a invalidar o exonerar a los administradores de los deberes a su cargo, sino que deberá analizarse cada caso en concreto a la luz de los presupuestos de la responsabilidad del derecho de fondo, el hecho (actuar y proceder desleal en su beneficio, en el de tercero, o en la pérdida de oportunidad de la sociedad) y un daño evaluable económicamente que debe relacionarse causalmente con el proceder que se califique de desleal, sobre todo porque este tipo de *conductas no resultarían contenidas en la Business Judgment Rule* (como resultan el dolo y la culpa grave).

IV. Función del capital social y el riesgo de insolvencia

Como es sabido, el art. 11, LGS, contiene los requisitos generales que deben cumplir las partes contratantes al momento de instrumentar el acto constitutivo de sociedad. De más está decir que a estos requisitos generales deben adicionarse aquellos específicos previstos para cada tipo societario en particular, como por ejemplo el art. 166, LGS. Se trata de elementos generales no tipificantes; por lo que su omisión o defecto conlleva la anulabilidad del contrato (art. 17, LGS).

La LGS contiene diversas normas tendientes al respeto de este principio: (i) el art. 11, inc. 4, y 163, que establece que el capital debe ser expresado nominalmente en moneda argentina;

(37) CNCom., sala A, in re “Vistalba S.A c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro s/ nulidad de decisiones asamblearias”, 11/12/1986 y “Yinot S.A. c/ Banco de Ga-

licia y Buenos Aires S.A. s/ impugnación de asambleas”, 11/12/1986.

(ii) el art. 13, inc. 3, que fulmina con la nulidad a aquellas cláusulas que aseguran al socio su capital o ganancias eventuales; (iii) el art. 31, que pone un límite a la participación de una sociedad en otra; (iv) el art. 32, que prohíbe las participaciones recíprocas; (v) los arts. 37 a 53 y 187, 3 párr., que regulan el régimen del aporte, y tienen entre sus fines asegurar la correcta y adecuada conformación del capital social; (vi) los arts. 58 y 59, que hacen responsables a los administradores por los daños y perjuicios resultantes de la violación de la intangibilidad del capital social; (vii) los arts. 61 a 73, que regulan todo lo atinente a la confección de los balances y de llevar las cuentas y registros de la sociedad; (viii) el art. 68, y su concordante 224, que prohíbe la distribución de dividendos cuando no provengan de utilidades líquidas y realizadas, derivadas de un balance conforme la ley y el estatuto; (ix) el art. 70, que establece las reservas legales; (x) el art. 83, inc. 2, que establece la necesidad de consentimiento de los acreedores sociales, en los casos de fusión y escisión; (xi) el art. 185, que establece un límite a los beneficios y ventajas que pueden obtener los promotores y fundadores; (xii) el art. 186, que establece la obligación de suscribir totalmente el capital social; (xiii) el art. 202, que prohíbe la emisión de acciones bajo la par; (xiv) el art. 203, que establece el sistema de reducción del capital social; (xv) el art. 220, que restringe la adquisición por la sociedad de sus propias acciones; (xvi) el art. 222, que prohíbe a la sociedad recibir sus propias acciones en garantía; (xvii) el art. 223, que reglamenta la amortización de acciones; (xviii) el art. 224, que prohíbe la distribución anticipada de dividendos, o resultantes de balances especiales; (xix) los arts. 227 a 232, que regulan los bonos de goce o participación **(38)**.

Otro tanto ocurre con la LACE que, no en pocas de sus normas, establece las reglas a las cuales deben someterse los socios: v.gr.: (i) el art. 40 que establece las reglas del capital social; (ii) el art. 41: que fija las reglas para la suscripción e integración del mismo; (iii) el art. 42: que dispone el modo en podrán efectuarse los aportes; (iv) el art. 43: que establece que los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes; (v) el art. 44: fija las

reglas para realizar aumentos de capital, emisión con prima, etc.; (vi) el art. 45: fija el plazo de 24 meses para que las SAS dispongan que hacer con los aportes irrevocables a cuenta de futura emisión de acciones, entre otras.

Sobre el principio de *intangibilidad* además cabe decir que se trata de un *principio de orden público*, que los socios *no pueden derogar ni siquiera por decisión unánime* y que protege a: 1) los *acreedores sociales*; 2) los *socios contra maniobras de administración deficiente o fraudulenta*; y 3) los *socios presentes y futuros contra quienes pretenden utilidades ficticias, obtenidas mediante el reparto del capital*. Todo lo mencionado supone vislumbrar la relevancia que el tema presenta en torno a las cláusulas exonerativas de responsabilidad que se examinan.

Como puede verse, su importancia es trascendental, dado que en caso de producirse la pérdida del capital social en el ámbito societario, los administradores quedan sometidos al régimen de la responsabilidad solidaria y están obligados a tomar decisiones meditadas y coherentes, puesto que con incumplimiento de sus obligaciones se originaría una grave responsabilidad de sus miembros.

En otras palabras, en caso de que la sociedad carezca —por cualquier razón— de capacidad para afrontar deudas se desatan consecuencias diversas para sí, en tanto —como es sabido— la pérdida del capital social no solo dispara la disolución de la sociedad (art. 94, inc. 5, si los socios no acuerdan su reintegro total o parcial o su aumento, art. 96), sino, además, la eventual responsabilidad ilimitada y solidaria de socios y administradores respecto a los terceros (art. 99, LGS).

V. Razonabilidad y criterio de interpretación restrictivo

En virtud de todo lo expuesto, para que resulten admisibles las cláusulas de exoneración de responsabilidad de administradores sociales, deben responder —sin lugar a dudas— a dos criterios: (i) el de *razonabilidad* y (ii) el de *criterio de interpretación restrictivo*.

Sobre el primero de ellos —la *razonabilidad*—, debe efectuarse su ponderación en cada

(38) ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada”, LA LEY, 2006-B, 231.

caso concreto sobre el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos como límites a la autonomía privada (39), es decir, que resulte adecuada con el sentido y alcance del ordenamiento jurídico.

La razonabilidad —en orden a su *admisibilidad*— supone que la cláusula acordada entre partes responda al principio de buena fe o no lo contradiga. De otro modo, resultará una cláusula injusta y no razonable, desproporcionada o, simplemente, contraria al ordenamiento jurídico, debiendo tener que examinarse y considerar las circunstancias que rodeen a cada sociedad, en concreto.

El segundo criterio —el de *interpretación restrictiva*— se funda precisamente en que estos pactos podrán implicar *eliminar del vínculo jurídico obligacional* que une al administrador con la sociedad. En virtud de ello, es imprescindible señalar que las cláusulas de exoneración de responsabilidad no excluirán o, mejor dicho, no podrán en modo alguno excluir toda responsabilidad ni eliminar por completo el vínculo jurídico obligacional, sino que tan solo podrán suponer la exclusión de la responsabilidad, para casos concretos y determinados, dentro de los límites fijados por la ley.

Asimismo, para que la cláusula de irresponsabilidad o limitación de la responsabilidad de administradores afecte a la otra parte, es necesario que esta la haya aceptado: su fundamento es el consentimiento de las partes. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero en todo caso debe ser concluyente e inequívoca. De manera que no puede inferirse de la mera circunstancia de que esa parte haya ingresado al lugar, estacionado su automóvil, etc. En la duda, el tribunal debe inclinarse por su inexistencia, pues la regla general es la responsabilidad y la irresponsabilidad la excepción.

Llegado el caso, su interpretación deberá considerarse restrictiva, dado su carácter excepcional al principio general de responsabilidad, interpretación que debe aludir, entre otros extremos, a las personas a las que puede ser

opuesta la cláusula, a los hechos a los que se refiere y a su objeto.

VI. Notas finales

La autonomía de la voluntad implica la potestad puesta en manos de las partes para que puedan hacer variar la responsabilidad de los administradores, pudiendo incluso —como pudo verse— válidamente suprimirla o dejarla sin efecto en ciertos y determinados casos.

Puede decirse, entonces, que las partes podrán reglar la irresponsabilidad de los administradores —insisto, en ciertos y determinados casos—, debiendo tener especialmente en cuenta que, al tratarse de fórmulas restrictivas de la responsabilidad, no podrán ser formuladas en violación al ordenamiento jurídico o de los intereses de terceros. Por importar una renuncia, las cláusulas de irresponsabilidad deben ser interpretadas en forma restrictiva. Es que —como se dijo— el orden público en materia societaria se activa casi de modo exclusivo, cuando se encuentren comprometidos intereses de los terceros; ese es, pues, el límite indiscutible a la hora de analizar el alcance o validez de las cláusulas que pretendan liberar de responsabilidad a los administradores.

En virtud de ello, no parece apropiado aceptar que los particulares dispongan de una libertad absoluta o de carácter general para excluir una norma o renunciar a ella, por el mero hecho de ser esta dispositiva, sustrayéndose, exclusivamente, las normas imperativas a la acción de la autonomía privada.

Resulta indudable que no todas las normas que impactan sobre las SAS —o sobre cualquier otro tipo societario, en tanto este régimen se aplica a todos los contratos— tengan el mismo alcance o valor, del mismo modo que resulta imprescindible hacer ver las notorias diferencias que existen entre los deberes de lealtad y diligencia. Más, cabe reiterarlo, la potestad de reglamentar tales deberes encuentra su razón de ser en las siguientes premisas básicas: i) la *autonomía de la voluntad*, naturalmente sometida a claros y definidos límites; y, ii) el *tipo de conducta que se desee reglamentar o dispensar*, en tanto no toda acción u omisión podrá ser vá-

(39) LÓPEZ, A. y MONTÉS, V.L., “Derecho civil. Parte general”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 290.

lidamente dejada de lado, como ocurre con el dolo y la culpa grave.

Frente a ello, el deber de diligencia podrá ser *razonablemente reglamentado*, en determinados casos. No ocurrirá lo mismo con la posibilidad de dispensa del deber de lealtad fundado en aquellas conductas antes mencionadas —dolo o culpa grave—, en tanto suponen grave ofensa al ordenamiento e implicarían como una claudicación del sistema. Cláusulas de naturaleza semejante resultan contradictorias con la obligación misma, pues la voluntad de crear la obligación se vería contrariada al facultar al administrador para un *consciente y deliberado incumplimiento, condonándole el dolo futuro o,*

sencillamente, restándole importancia al dolo o a la culpa grave.

En consecuencia, admitir sin más o de manera general este tipo de cláusulas, sin considerar las notorias diferencias que existen entre los deberes de lealtad y diligencia (es decir, el tipo de conducta que se reglamentará), podría conducir a un notorio desequilibrio entre las partes y a desnaturalizar por completo el sistema, tenido en cuenta por el legislador al establecer el sistema de organicidad bajo una tipicidad específica y necesaria para la expresión de voluntad y representación del ente social y, más importante aún, las reglas dispuestas para la conservación del capital social.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ASOCIACIÓN CIVIL

Pedido de autorización para funcionar. Objeto que no es contrario al interés general. Actividad deportiva.

Con nota de Pablo G. Bisogno

1. — Por tratarse de una actividad lícita, la resolución que denegó la autorización para funcionar de la accionante como asociación civil debe ser revocada, por cuanto contrariamente a lo resuelto por el órgano de aplicación, de conformidad a lo que surge del estatuto de la solicitante no es contrario al interés general ni al bien común, como así tampoco contrario a la moral y buenas costumbres como se señala en la resolución administrativa.
2. — Para desestimar la personería de la recurrente no parece apropiado fundar que las actividades basadas en el uso de armas de fuego de alta precisión a largo alcance no se corresponden con las finalidades estatales relacionadas con dicho uso, que solo son las de la defensa común y la consolidación de la paz interior y la seguridad pública, pues obsérvese que en el presente caso la finalidad es la práctica deportiva. Actividad reconocida a nivel nacional e internacional, de hecho, varias disciplinas dentro del deporte se desarrollan a nivel olímpico.
3. — La regulación del Código en materia de asociaciones civiles implica la recepción de la garantía establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional que permite asociarse con fines útiles. El derecho de asociación está garantizado por el texto constitucional y por los tratados incorporados en el art. 75 de la Carta Magna —arts. 16 del Pacto de San José de Costa Rica y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, ese reconocimiento implica la libertad de crear una asociación, de ingresar y de salirse de ella cuando se desee.
4. — La utilización de armas de fuego con el fin deportivo no tiene ni debe asociarse con la inseguridad que puede afectar a un Estado, quien es el que autoriza a los legítimos usuarios de armas de fuego por la autoridad de aplicación competente.

CNCiv., sala F, 19/08/2021. - Asociación Civil Unión Long Range de Argentina c. IGJ 1956131 y otros s/ recurso directo a cámara.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/123607/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. n° CIV 004053/2021/CA001

Buenos Aires, 19 de agosto de 2021.

Considerando:

I) Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de la IGJ mediante la cual denegó la autorización para funcionar solicitada por la ASOCIACION CIVIL UNION LONG RANGE DE ARGENTINA.

En la decisión apelada se afirma que lo enunciado en los apartados i), j) y k), como parte de los propósitos descriptos en el estatuto de la entidad, se presentan como una notoria extralimitación en el marco de una persona jurídica con aspiración a ser autorizada para funcionar como asociación civil, dado que, de un lado, se propicia la promoción y patrocinio de una actividad no beneficiosa para el colectivo comunitario, por ajena al interés general y al bien común; y de otro lado, se pretende alcanzar la categoría de Usuario Comercial en los términos definidos por la AN-MAC, lo que posibilitaría la adquisición, por ejemplo por vía de importación y tránsito por zona primaria aduanera argentina, de sofisticadas armas, elementos tecnológicos accesorios y municiones de largo alcance, para la sola utilización y/o beneficio de los miembros de la entidad.

En sus fundamentos la IGJ sostiene que “examinada la formulación transcrita, se advierte que la misma no se compadece con la promoción y expansión del bien común que entidades como la requirente de autorización deben satisfacer, como contribución al medio social en el cual deben desenvolver su actividad”.

Asimismo, señaló que “las finalidades de las entidades deben guardar coincidencia con finalidades jerarquizadas por el Estado como propias advirtiéndose en el presente caso, que actividades basadas en el uso de armas de fuego de alta precisión a largo alcance no se corresponden con las finalidades estatales relacionadas con dicho uso, que solo son las de la defensa común y la consolidación de la paz interior y la seguridad pública, de acuerdo con las prescripciones constitucionales vigentes”.

De las piezas digitales acompañadas se desprende que la entidad “ASOCIACIÓN CIVIL UNIÓN LONG RANGE DE ARGENTINA” solicitó ante la Inspección General de Justicia la autorización para funcionar como persona jurídica en los términos de los arts. 168, 174 y concordantes del Código Civil y Comercial.

Del estatuto de la sociedad constituida mediante la escritura N° 41, de fecha 12 de agosto de 2020, se desprende del artículo segundo: “Son sus propósitos los siguientes a) Agrupar a los tiradores interesados en la disciplina Long Range del tiro deportivo, en toda sus formas y modalidades. b) Desarrollar y promover eventos vinculados a la disciplina. c) Establecer alianzas con los clubes y asociaciones de tiro deportivo a fin de hacer crecer la disciplina. d) Establecer convenios institucionales con las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad, en materia de apoyo a la actividad deportiva de UNION LONG RANGE DE ARGENTINA (En adelante ULRA). e) Garantizar las prácticas sostenibles en distintos polígonos del país. f) Organizar y promover las competencias deportivas de esta disciplina. g) Promover el uso de las tecnologías aplicadas a esta disciplina. h) Promover la creación de un fideicomiso para el apoyo de tiradores nacionales para la participación en torneos del exterior. i) Promover la disciplina de Long Range en todas sus formas y modalidades. j) Promover y patrocinar las acciones formativas y divulgativas. k) Actuar como Usuario Comercial (ANMAC) para la adquisición y venta de materiales e insumos para el desarrollo de la actividad entre sus asociados, en ningún caso con fines de lucro.”

II) Sostiene Daniel Crovi que, de conformidad al art. 168 del C.C.yC.N., la asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

La regulación del Código en materia de asociaciones civiles implica la recepción de la garantía establecida en el art. 14 de la Constitución Nacional que permite asociarse con fines útiles. El derecho de asociación está garantizado por el texto constitucional y por los tratados incorporados en el art. 75 de la Carta Magna (arts. 16 del Pacto de San José de Costa Rica y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ese reconocimiento implica la libertad de crear una asociación, de ingresar y de salirse de ella cuando se desee.

La primera característica de las asociaciones es que son el fruto de la unión de varias personas con un mismo ideal. Las personas pueden ser varias, pero el ideal es único.

La interpretación del requisito de bien común en el marco del art. 33 del código derogado ha generado una prolifera jurisprudencia que tuvo su últi-

ma expresión en la doctrina judicial emanada de la Corte Suprema en el caso “ALITT”, apoyándose en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1986, el máximo tribunal recordó que el bien común debe interpretarse como integrante del orden público de los Estados democráticos, y que es posible entenderlo como un concepto referente a las condiciones de vida social que permite a los integrantes de la comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de valores democráticos.

Por ello siguiendo dicha doctrina, hay que destacar que “el bien común” no es una abstracción ni lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según sus intereses dispares, contando con que toda la sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas (conf. Daniel Crovi, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ricardo Luis Lorenzetti, Director, Tomo I, pág. 644).

Asimismo, y para clarificar el concepto José Tobías ha dicho que “Se está en presencia de un cambio significativo: el Código Civil derogado requería (positivamente) que las asociaciones civiles y las fundaciones tuvieran un objeto de ‘bien común’ (art. 33). Y, ahora, el agregado del interés general se complementa con el carácter negativo del requisito (‘no debe ser contrario...’). El cambio guarda vinculación con el significado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación atribuía a la expresión ‘bien común’ empleada por el citado art. 33 del Código de Vélez Sarsfield. Como se dijo, el precepto que se considera –como su fuente (el art. 166 del Proyecto de 1998) y a diferencia del Código Civil derogado– opta por una caracterización negativa: el objeto no debe ‘ser contrario al interés general o al bien común’”.

“Quizás ello se deba a la circunstancia que, reglamentariamente, el fin de las Asociaciones es beneficiar a sus propios asociados (por ejemplo, un club deportivo), aunque de un modo no contrario al interés general o al bien común y en donde solo de manera mediata se satisfacen los intereses generales. De ahí que se haya podido afirmar que una cosa es que el objeto deba ser el bien común (como lo requería el Código Civil derogado) o el interés general y otra es que no sea contrario al interés general o al bien común (en el sentido que se podrían tener fines lícitos que satisfacen un interés particular y no contrarían el interés general).”

“Pero más precisamente, puede afirmarse que si la actividad contenida en el objeto es lícita –aunque

solo beneficie a sus miembros-, el interés general y el bien común se encuentran satisfechos: es que el derecho constitucional de asociarse con fines lícitos guarda correspondencia con el interés general. Si esta consideración fuera exacta –como lo creemos– tiene el mismo significado afirmar que el objeto debe satisfacer el interés general o el bien común que decir que el objeto no debe ser contrario a ello. Así resulta de los Fundamentos de la Comisión en donde se expresa –en un sentido positivo– que ‘las asociaciones civiles son personas jurídicas privadas que se constituyen con un objeto de interés y utilidad general para la comunidad...’ (conf. art. 168, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, Jorge Alterini Director, José Tobías Director del Tomo, autor de la glosa al art. José Tobías, Tomo I, pág. 1112 y sigtes.).

En el citado precedente de la Corte Suprema, “A. 2036. XL. RECURSO DE HECHO Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”, el máximo tribunal sostuvo en los considerandos 10 y 11 “Que a fin de definir cuál es el contorno mínimo de la utilidad constitucionalmente exigible para tutelar el derecho de asociarse no parece discutible, en un estado de derecho, la posibilidad que tienen los ciudadanos de fundar una persona jurídica con plena personería para actuar colectivamente en un ámbito de su interés. De ahí, pues, que el modo en que esta libertad de asociación es consagrada por la legislación nacional y, sobremanera, aplicada en la práctica por las autoridades, sea uno de los indicadores más seguros de la salud institucional de la democracia” (cons. 10). “Que una consideración armónica e integradora de los desarrollos efectuados precedentemente con respecto a los valores e implicaciones personales, sociales e institucionales que pone en cuestión el derecho de asociarse, define con un riguroso alcance que no puede dar lugar a conclusiones divergentes el ámbito de protección que, en definitiva, cabe asignar a la cláusula constitucional que reconoce en esta República al derecho de que se trata. Si la esencia misma de nuestra carta de derechos que con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ha sido fortalecida y profundizada es el respeto de la dignidad y libertad humanas, y si la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate público de las ideas, el umbral de utilidad exigido por la Ley Suprema es indiscutiblemente satisfecho por toda agrupación voluntaria de personas que, por vías pacíficas y sin incitación a la violencia, convenga en la obtención de cualquiera de los múltiples objetos o pretensiones que, respetando los principios del sistema democrático, no ofendan al orden, la moral pública ni perjudiquen de modo cierto y concreto bienes o intereses de un tercero” (cons. 11). Que, por

ello, solo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o viole las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la Constitución Nacional o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1 y 33 de la Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación” (cons. 12).

En esta línea de pensamiento, a criterio del tribunal, por tratarse de una actividad lícita, la resolución apelada debe ser revocada por cuanto contrariamente a lo resuelto por el órgano de aplicación, de conformidad a lo que surge del estatuto de la solicitante no es contrario al interés general ni al bien común, como así tampoco contrario a la moral y buenas costumbres como se señala en la resolución administrativa.

Para desestimar la personería de la recurrente no parece apropiado fundar que las actividades basadas en el uso de armas de fuego de alta precisión a largo alcance no se corresponden con las finalidades estatales relacionadas con dicho uso, que solo son las de la defensa común y la consolidación de la paz interior y la seguridad pública, pues obsérvese que en el presente caso la finalidad es la práctica deportiva. Actividad reconocida a nivel nacional e internacional, de hecho varias disciplinas dentro del deporte se desarrollan a nivel Olímpico.

En cuanto a que del estatuto se pretende alcanzar la categoría de Usuario Comercial, tal categoría será o no autorizada por la ANMAC, destacándose que en el apartado k) explícitamente se prevé que la adquisición y venta de materiales e insumos para el desarrollo de la actividad entre sus asociados, en ningún caso será con fines de lucro.

Obsérvese que es un requisito para integrar la sociedad que los socios serán legítimos usuarios de armas de fuego. Ello así de conformidad con lo previsto en el CAPITULO II: DE LOS SOCIOS – CONDICIONES DE ADMISIÓN, apartado e): “Activos: serán socios activos las personas mayores de veintidós años que reúnan las siguientes condiciones 1) Poseer credencial de Legítimo Usuario de Armas, otorgada por la AGENCIA NACIONAL DE MATERIALES CONTROLADOS o por la autoridad competente que la reemplaza”.

Por otra parte, la utilización de armas de fuego con el fin deportivo no tiene ni debe asociarse con la inseguridad que puede afectar a un Estado, quien recordemos es el que autoriza a los legítimos usuarios de armas de fuego por la autoridad de aplicación competente.

Por último, la IGJ sostiene “que la garantía constitucional de asociación es susceptible de realizarse mediante la conformación de una ‘simple asociación’”.

En este sentido, la Corte señaló “siempre que una entidad peticionaria llene el recaudo al cual la Ley Suprema condiciona el reconocimiento del derecho de asociarse, la denegación de personería jurídica causa un agravio en tanto le impide obtener el status más elevado contemplado por las normas reglamentarias del derecho de asociación”. Como señaló Bidart Campos: “Si no existiera diferencia alguna entre asociaciones que no tienen personalidad jurídica otorgada por el Estado, y asociaciones que la gozan ¿por qué y para qué tanto trámite, tanto reglamentarismo, tanto discurso sobre los objetivos societarios, el bien común, la moral pública, cada vez que hay

que reconocer o desconocer a una asociación como persona jurídica?” (JA, 1992-I-917).

En función de lo expuesto corresponde acoger favorablemente los agravios formulados por la recurrente.

En mérito a lo expuesto *Resuelve*: Revocar la resolución apelada. En consecuencia la autoridad de contralor (IGJ) debe autorizar la personería requerida por la “ASOCIACION CIVIL UNION LONG RANGE DE ARGENTINA”. Las costas se fijan por su orden, en virtud de las particularidades del caso (conf. 2do. párrafo del art. 68 del C.P.C.C.).

Regístrese. Notifíquese y devuélvase. La vocalía 17 se encuentra vacante. — José L. Galmarini. — Fernando Posse Saguier.

Asociaciones civiles, bien común y contralor estatal

Una precisa interpretación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Pablo G. Bisogno (*)

Sumario: I. Breve reseña del caso.— II. Definiciones relevantes de la sentencia en materia de asociaciones civiles.— III. Conclusiones.

I. Breve reseña del caso

De acuerdo con los antecedentes fácticos narrados en la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la entidad “Asociación Civil Unión Long Range de Argentina” solicitó autorización para funcionar como “asociación

civil” a la Inspección General de Justicia en los términos de los arts. 168, 174 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (“Cód. Civ. y Com.”). El objeto previsto en su estatuto comprendía, entre otras actividades afines, la de agrupar a los tiradores interesados en la disciplina Long Range del tiro deportivo, en todas sus formas y modalidades, y desarrollar y promover eventos vinculados a la disciplina (1).

(*) Associate-Partner de EY Law Argentina. Magíster en Derecho Empresario Económico (Universidad Católica Argentina). Abogado (Universidad Católica Argentina). Profesor de posgrado (Asesoramiento Jurídico de Empresas, Universidad Católica Argentina).

(1) En forma complementaria, el objeto social también previó la posibilidad de establecer alianzas con los clu-

En lo que resulta de relevancia para el decisorio aquí comentado, cabe mencionar que el objeto de la asociación también estableció que esta podría actuar como Usuario Comercial (ANMAC) para la adquisición y venta de materiales e insumos para el desarrollo de la actividad entre sus asociados, con la expresa aclaración de que ningún caso ello sería realizado con fines de lucro.

La Inspección General de Justicia (“IGJ”) resolvió denegar la autorización para funcionar requerida por la asociación. Para justificar dicho rechazo, el organismo de contralor esgrimió que las actividades comprendidas en el objeto de la asociación no se compadecían con la promoción y expansión del bien común que, a su entender, este tipo de entidades deben satisfacer, como contribución al medio social en el cual deben desenvolver su actividad. Bajo esta línea de razonamiento, el organismo consideró que las finalidades de las entidades deben guardar coincidencia con finalidades jerarquizadas por el Estado como propias. Sostuvo que actividades basadas en el uso de armas de fuego de alta precisión a largo alcance no se corresponden con las finalidades estatales relacionadas con dicho uso, las cuales se limitan a la defensa común y la consolidación de la paz interior y la seguridad pública.

En otro orden de ideas, la IGJ cuestionó que el objeto de la asociación contemplara la posibilidad de que la entidad alcanzara la categoría de “usuario comercial” y la adquisición y venta de materiales e insumos para el desarrollo de la actividad entre sus asociados. Por último, el organismo enfatizó que el rechazo de la autorización para funcionar como asociación civil no obstaba la actuación de la entidad como “simple asociación”.

bes y asociaciones de tiro deportivo a fin de hacer crecer la disciplina, establecer convenios institucionales con las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad, en materia de apoyo a la actividad deportiva de Unión Long Range de Argentina; garantizar las prácticas sostenibles en distintos polígonos del país; organizar y promover las competencias deportivas de esta disciplina. También contempló la promoción del uso de las tecnologías aplicadas a esta disciplina, la creación de un fideicomiso para el apoyo de tiradores nacionales para la participación en torneos del exterior, y la promoción disciplina de Long Range en todas sus formas y modalidades, como así también de acciones formativas y divulgativas de la actividad.

Dicha resolución fue recurrida por la asociación por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. La sala F, en un fallo jurídicamente acertado, revocó la resolución denegatoria de la Inspección General de Justicia. En su fundamentación, la Alzada ratificó con solvencia jurídica el derecho de asociarse, el cual cuenta con expreso reconocimiento constitucional (2), a la vez que delimitó con precisión el alcance de la finalidad de bien común que deben observar las entidades sin fines de lucro bajo las previsiones del Cód. Civ. y Com., delimitando asimismo las facultades de contralor del organismo administrativo.

II. Definiciones relevantes de la sentencia en materia de asociaciones civiles

Los hechos expuestos y los fundamentos esgrimidos en la sentencia analizada para revocar la resolución de la IGJ, invitan a repasar los siguientes puntos: (i) la fuente normativa del derecho de asociación y las posibles limitaciones a este derecho, (ii) la articulación entre el objeto de una asociación y el bien común, (iii) el derecho a elegir la estructura asociativa como manifestación de la libertad de asociación, (iv) la realización de actividades lucrativas por parte de entidades sin fines de lucro, y (v) el alcance del poder de contralor del Estado para denegar la autorización para funcionar a una asociación civil. Cada uno de estos puntos es a bordado a continuación.

II.1. Fuente normativa y limitaciones del derecho de asociación

El derecho de asociación se encuentra consagrado en el art. 14 de la CN que garantiza el derecho a “asociarse con fines útiles”. Asimismo, la sentencia se ha ocupado de recordar que el reconocimiento constitucional del derecho de asociación no se agota en dicho art. 14, sino que también tiene base en tratados internacionales con jerarquía constitucional merced a lo dispuesto en el art. 75 inciso 22 de la CN (3). En

(2) Conf. art. 14 CN.

(3) Cabe recordar que dicha previsión constitucional establece lo siguiente en su parte pertinente: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el

este sentido, no es ocioso repasar que el Pacto de San José de Costa Rica establece que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole” (4), mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses” (5). También, la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre reza en su artículo XXII que “toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”.

En cuanto a las posibles limitaciones al derecho de asociación, tanto el Pacto de San José de Costa Rica como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ocupan de proporcionar algún lineamiento en la materia. Sobre este particular, el Pacto de San José de Costa Rica dispone que el ejercicio del derecho de asociación “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

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

(4) Conf. artículo 16, apartado 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

(5) Conf. art 22, primera parte, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

derechos y libertades de los demás” (6). Similar es la previsión contenida en la primera parte del segundo apartado de su art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el derecho de asociación “solo podrá 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 pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Ahora bien, la Alzada entendió que en el caso analizado no se verificó ninguno de esos supuestos de excepción que ameritara el rechazo de la autorización para funcionar por parte de la IGJ. En efecto, no se advirtió que la autorización para funcionar de la asociación afectara de manera alguna la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Es más, si se repara en que la propia IGJ deslizó la alternativa de que la asociación funcionara como “simple asociación” queda en claro que su objeto no afectaba ninguno de esos aspectos por los cuales el Estado debe velar.

Ello condujo pues a la Cámara a afirmar la prevalencia de la libertad asociativa. De esta manera, ratificó el criterio oportunamente expuesto por la Corte Suprema que sostuvo lo siguiente: “a fin de definir cuál es el contorno mínimo de la utilidad constitucionalmente exigible para tutelar el derecho de asociarse no parece discutible, en un estado de derecho, la posibilidad que tienen los ciudadanos de fundar una persona jurídica con plena personería para actuar colectivamente en un ámbito de su interés. El modo en que esta libertad de asociación es consagrada por la legislación nacional y, sobremanera, aplicada en la práctica por las autoridades, es uno de los indicadores más se-

(6) Conf. artículo 16, apartado 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Asimismo, en su apartado 3° agrega: “Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

guros de la salud institucional de la democracia” (7).

II.2. La articulación del objeto de las asociaciones civiles con el bien común

Amén de la ratificación del derecho a asociarse, el punto central del fallo se centró en la apreciación de la IGJ, expuesta en la resolución recurrida, de que el objeto de la asociación no se compadecía con la promoción y expansión del bien común. El organismo sostuvo al respecto que las actividades basadas en el uso de armas de fuego de alta precisión a largo alcance no se correspondían con las finalidades estatales relacionadas con dicho uso, y que por lo tanto no correspondía reconocerle el estatus de asociación civil.

Esta posición del organismo de contralor impuso a la Alzada la necesidad de precisar el concepto del bien común, a fin de luego considerar si este podía verse de alguna manera afectado por las actividades comprendidas en el objeto de la asociación. El abordaje del adecuado entendimiento del “bien común”, condujo al Tribunal a repasar algunas elaboraciones sobre el tema efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”).

Sobre este particular, la CIDH en una opinión consultiva oportunamente sostuvo lo siguiente: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (8). Sostuvo

(7) CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c. Inspección General de Justicia y Otro S/Recurso Contencioso Administrativo”, Fallos: 329:5266.

(8) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos), solicitada por el go-

también la CIDH: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [ver el art. 29.a) de la Convención]. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (9).

De las precisiones brindadas por la CIDH, puede destacarse que el “bien común” es un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal. Se señala también que constituye un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y la preservación y promoción de la plena realización de los derechos de la persona humana. Pero la CIDH advierte también el riesgo de que el “bien común” sea invocado por el poder estatal como fundamento de limitaciones de derechos.

Bajo este entendimiento, la Cámara Civil sostuvo, con cita de Crovi, que “el bien común” no es una abstracción ni lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según sus intereses dispares, contando con que toda la sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, inte-

bierno de Costa Rica (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf).

(9) CIDH OC-5/85 del 13/11/1985.

reses, proyectos, ideas **(10)**. Destacó asimismo que si la actividad contenida en el objeto de la asociación es lícita —aunque solo beneficie a sus miembros—, el interés general y el bien común se encuentran satisfechos, enfatizando que el derecho constitucional de asociarse con fines lícitos guarda correspondencia con el interés general.

El Tribunal también reparó con acierto en que el Cód. Civ. y Com. trajo aparejado un abordaje diferente en lo que respecta a la articulación del objeto de las asociaciones civiles con el bien común. En efecto, cabe recordar que el art. 33 del Código Civil de Vélez Sarsfield reconocía como personas jurídicas de derecho privado a las asociaciones que tuvieran por principal objeto el bien común **(11)**. La derogación del Código Civil y la aprobación del Cód. Civ. y Com., importó que la exigencia de tener por principal “objeto el bien común” que requería el art. 33 del derogado código, mutara al requerimiento de que el objeto no fuera contrario al interés general o al bien común, tal como lo establece actualmente el art. 168 del Cód. Civ. y Com.

Sobre este particular, el art. 168 del Cód. Civ. y Com. agrega también que el interés general debe ser interpretado “dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales”. La norma consagra así “un amplio espacio para la libertad asociativa, pues el desarrollo del objeto queda definido por exclusión: el objeto de la asociación no podrá ser contrario al interés general o al bien común” **(12)**.

(10) CROVI, Daniel en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ricardo Luis Lorenzetti, director, Tomo I, p. 644.

(11) La norma también establecía como exigencias de este contrato asociativo que tales entidades tuvieran patrimonio propio, que fueran capaces por sus estatutos de adquirir bienes, que no subsistieran exclusivamente de asignaciones del Estado, y que obtuvieran autorización para funcionar

(12) FOURCADE, María Viviana, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (Dir.: Curá, José María), Tomo I, Ed. Thomson Reuters, LA LEY, 2016, 2ª ed., p. 525.

Como bien explicara Grafeuille, “la primera parte del art. 168 del Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta el postulado jurídico de acuerdo con el cual, en el contexto de una sociedad plural y diversa, el otorgamiento de personería jurídica a entidades colectivas cuyos propósitos ni colisionan contra el orden público constitucional vigente, ni conculcan, de manera cierta, concreta e inmediata, elementales derechos de terceros, posibilita el efectivo ejercicio, en condiciones de igualdad sustantiva, de los derechos y libertades de que disponen sus miembros” **(13)**.

Por lo tanto, a partir del concepto de “bien común” ensayado por la CIDH y de lo dispuesto en el art. 168 del Cód. Civ. y Com., puede advertirse que:

a) El “bien común” es un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal.

b) Admitir que las personas se agrupen según sus particulares intereses dispares, contribuye al bien común, habida cuenta que “el bien común” no es una abstracción ni lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías.

c) Tal como lo señalara Borda, no es necesario que las personas jurídicas se propongan un fin inmediato de bien público general, en la medida en que ese bien general resulte del objeto y de las actividades de la entidad. Esto fue ejemplificado por el autor de la siguiente manera: “Ello es lo que ocurre con ciertas asociaciones civiles, cuyos fines parecen meramente egoístas, como, por ejemplo, los clubes sociales; inclusive estas entidades estimulan el espíritu de sociabilidad, de solidaridad o simplemente procuran el descanso y el esparcimiento de sus asociados y son, por lo tanto, socialmente útiles” **(14)**.

d) Lo determinante es que el objeto de las asociaciones no sea contrario al interés general

(13) GRAFEUILLE, Carolina E., “El objeto de bien común de las asociaciones civiles como una medida estatal de acción positiva”, SJA, 22/11/2017, 20; JA 2017-IV, 1217.

(14) BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Abeledo Perrot, 2004, 10ª ed., Tomo I, p. 536.

o al bien común. Tal como expresó Bidart Campos al abordar el derecho constitucional a “asociarse con fines útiles”, “el concepto de utilidad ha de interpretarse como referido a un fin no dañino para el bien común, es decir neutro o inofensivo” (15).

II.3. El derecho a elegir la estructura asociativa como manifestación de la libertad de asociación

En cuanto al alcance del derecho de asociarse con fines útiles, la Alzada se ocupó de precisar que ese reconocimiento implica la libertad de crear una asociación, de ingresar y de salirse de ella cuando se desee. En otras palabras, Cámara ratifica que la libertad comprende tanto la libertad de asociarse, como la libertad de “no asociarse”. Pero existe también otro aspecto de la libertad de asociación, de alguna manera también abordado en el fallo, que consiste en la libertad de elegir, dentro de las posibilidades previstas en la normativa, la modalidad de asociación.

En el caso de marras, la IGJ tras denegar la personería jurídica a la recurrente, adujo “que la garantía constitucional de asociación es susceptible de realizarse mediante la conformación de una ‘simple asociación’. Sobre este punto, la Cámara fue enfática en rechazar la posición de la IGJ de que la asociación funcionara como simple asociación, cuando esta pretendió acogerse a la figura de la asociación civil y acreditó el cumplimiento de los recaudos necesarios al efecto.

Bajo la misma línea argumentativa que el Tribunal, Bidart Campos había sostenido que “...el reconocimiento estatal de las asociaciones bajo una forma jurídica determinada debe quedar librado a la iniciativa de la asociación” y que “el estado no ha de negarlo arbitrariamente cuando la asociación lo pretende, pero no lo va a depurar coactivamente si la asociación no lo gestiona” (16).

Por lo tanto, bien puede afirmarse que el derecho a la libre asociación abarca no solo la po-

testad de asociarse, no asociarse o desasociarse, según sea el caso. Comprende también el derecho a elegir bajo que estructura hacerlo, dentro del marco legal vigente, y en la medida en que se cumplan los requisitos necesarios al efecto. En este punto, no resulta pues atendible que la estructura asociativa elegida por las partes sea vedada por la autoridad administrativa, si los requisitos legales exigidos, en este caso para constituir una asociación civil, fueron cumplidos.

La “solución” proporcionada por la autoridad de control de operar bajo la forma de la “simple asociación”, además de violar el derecho constitucional a asociarse con fines útiles, importaba someter a la entidad a un régimen jurídico diferente al pretendido por sus asociados. En efecto, puede advertirse que si bien las denominadas “simples asociaciones” son personas jurídicas privadas sin fines de lucro al igual que las asociaciones civiles (17), ambas se diferencian en varios aspectos. Por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre con los administradores de las asociaciones civiles, en caso de insuficiencia de los bienes de la asociación simple, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable de las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que estos hubiera suscripto durante su administración (18).

También varía el régimen de fiscalización en uno y otro caso. Así, mientras se prevé que las asociaciones civiles pueden prescindir de la fiscalización privada si cuentan con hasta cien asociados (19), en el caso de las simples

(17) Las “simples asociaciones”, en efecto se rigen en cuanto a su acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento por las normas relativas a las asociaciones civiles (art. 188 del Cód. Civ. y Com.).

(18) Art. 191 del Cód. Civ. y Com. Dispone también esta norma que, no obstante, los bienes personales de cada una de esas personas no pueden ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho a sus acreedores individuales. Por su parte, el art. 192 del Cód. Civ. y Com. agrega que quedan a salvo de dicha responsabilidad los asociados que no intervinieron en la administración, quienes sólo responden hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cuotas impagas (art. 192).

(19) Art. 172 el Cód. Civ. y Com.

(15) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, 1998, Tomo II, p. 51.

(16) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, 1998, Tomo II, p. 52

asociaciones dicha posibilidad se limita a entidades que cuenten con menos de veinte asociados (20).

Existen también otras diferencias en cuanto a la forma de su constitución (21), o el aditamento a su denominación social, lo cual denota su estructura y estatus jurídico (22). Precisamente, la cuestión referida a la diferencia de *status* de ambos regímenes asociativos fue destacada en el fallo comentado, sosteniendo el Tribunal, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “siempre que una entidad peticionaria llene el recaudo al cual la Ley Suprema condiciona el reconocimiento del derecho de asociarse, la denegación de personería jurídica causa un agravio en tanto le impide obtener el *status* más elevado contemplado por las normas reglamentarias del derecho de asociación” (23).

Asimismo, en el precedente del Máximo Tribunal traído a colación por la Cámara, la Corte Suprema había sostenido que la sentencia que denegaba la autorización para funcionar como persona jurídica restringía el derecho de asociación consagrado por el art. 14 de la CN y por tratados internacionales de igual jerarquía reconocidos por el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, pues si bien no impedía a la entidad peticionaria reunirse para la defensa y promoción de sus intereses y, eventualmente, ser considerada como una simple asociación civil, no le permitía disfrutar de to-

(20) Art. 190 el Cód. Civ. y Com.

(21) Las asociaciones civiles deben ser constituidas por instrumento público (art. 169). En cambio, las simples asociaciones, pueden ser constituidas por instrumento público o por instrumento privado con las firmas de las otorgantes certificadas por escribano público (art. 187).

(22) Al nombre de las asociaciones civiles se agrega el aditamento “asociación civil”, en tanto que en las simples asociaciones al nombre se agrega el aditamento “simple asociación” o “asociación simple”, ya sea antepuesto o pospuesto (art. 187).

(23) CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transsexual c. Inspección General de Justicia y otro s/ recurso contencioso administrativo”, Fallos: 329:5266.

dos los derechos que ejercen las asociaciones autorizadas (24).

II.4. La realización de actividades comerciales por parte de entidades sin fines de lucro

La parte final del art. 168 del Cód. Civ. y Com., establece textualmente que la asociación civil “no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”. De la lectura de la norma, se deriva pues que la realización de actividades lucrativas es lícita en las asociaciones civiles en la medida en que se cumplan dos condiciones: la primera, que ese propósito lucrativo no sea el fin principal de la asociación, y la segunda, que la finalidad no consista en el lucro de los miembros de la asociación o terceros.

Lejos de la literalidad y del espíritu de la norma, la IGJ cuestionó la previsión estatutaria de la asociación relativa a la pretensión de alcanzar la categoría de “usuario comercial”, como así también la previsión relativa a la adquisición y venta de materiales e insumos para el desarrollo de la actividad entre sus asociados. Ello no obstante que la misma previsión estatutaria aclaraba que en ningún caso ello sería con fines de lucro.

Este último punto fue enfatizado por la Alzada para desechar la posición del organismo de contralor sobre el particular. En otras palabras, la siempre tan predicada ausencia de fin de lucro de las asociaciones significa que estas entidades no pueden perseguir el lucro como fin principal, ni pueden tener por fin el lucro para sus miembros o terceros (art. 168 *in fine* del Cód. Civ. y Com.). Pero, por el contrario, estas entidades pueden realizar actividades lucrativas en la medida en que las ganancias obtenidas sean reinvertidas en el cumplimiento del objeto de la asociación. En otras palabras, a diferencia de lo que acontece en las sociedades, estas nunca pueden ser repartidas entre los asociados.

En este sentido sobran ejemplos de entidades deportivas, clubes y otras asociaciones que, teniendo en miras la prestación de va-

(24) Fallos: 329:5266.

riados servicios o beneficios a sus asociados, realizan también algunas actividades lucrativas orientadas a solventar su actividad principal. Para cerrar este tema, cabe referir a lo oportunamente señalado por Fourcade, quien con absoluta claridad manifestó lo siguiente: “Primeramente, la asociación no puede perseguir el lucro como fin principal: Este es un parámetro de orden jerárquico en la causa fin de la asociación. El lucro no está vedado, muy por el contrario, aquí está por una parte incluida tácitamente la capacidad amplia de la asociación para celebrar actos jurídicos. Se deduce, en este entendimiento, que el lucro queda reconocido como recurso instrumental para realizar actividades cuyo producido, de ser positivo, se aplicará a los fines estatutarios” (25).

II.5. Alcance del contralor estatal sobre el objeto de las asociaciones civiles

Finalmente, la sentencia invita a analizar cuáles son las facultades de contralor de la autoridad administrativa frente a un requerimiento de autorización presentado por una asociación. En el caso de marras, la IGJ entendió que el uso de armas, con finalidad deportiva, no se correspondían con las finalidades estatales relacionadas con dicho uso, consistentes en la defensa común y la consolidación de la paz interior y la seguridad pública.

Al revocar ese entendimiento, la Cámara adujo que la actividad promovida por la asociación era reconocida a nivel nacional e internacional, y que de hecho varias disciplinas dentro del deporte se desarrollan a nivel olímpico. La Alzada también reparó en el hecho de que la utilización de armas de fuego con el fin deportivo no debía asociarse con la inseguridad que pudiera afectar a un Estado, y que es ese mismo Estado el que autoriza a los legítimos usuarios de armas de fuego a través de la autoridad de aplicación competente. De esta manera, el Tribunal reparó en la licitud del objeto propuesto.

(25) FOURCADE, María Viviana, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (Dir.: Curá, José María), Ed. Thomson Reuters, La Ley, 2016, 2° ed., Tomo I, ps. 526 y 527.

De lo señalado por la Cámara Civil, se advierte que el control de la autoridad administrativa es en esencia un control de legalidad; es decir sobre si el objeto comprende actividades lícitas o ilícitas. Ese control comprende también el análisis sobre si el objeto principal de la entidad es comercial (26), en cuyo caso se podía estar ante un uso disfuncional de la estructura asociativa, o si su objeto se corresponde con el bien común, conforme al alcance antes precisado.

Este entendimiento fue ratificado por la Corte Suprema al sostener que “solo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la Constitución Nacional o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1 y 33 de la Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación” (27). Entendió también el Máximo Tribunal que “el Estado no puede negar arbitrariamente la personería jurídica a una asociación, sino solo en base a pautas objetivas claras y acordes con la Ley Suprema, y es deber de todos los jueces competentes velar por su observancia, pues el arbitrio de la administración no implica arbitrariedad y, por ende, debe ser controlado judicialmente” (28).

Sagüés, por su parte, se pronunció en el sentido de que al otorgar la personería jurídica el Estado no necesariamente está adhiriendo o avalando toda postulación de la entidad, sino que “implica un visto bueno para operar con personería jurídica, esto es, para que ella actúe en sociedad ofertando sus propuestas y discutiendo por ellas, en un plano de igualdad con otras asociaciones jurídicas, fundaciones, sociedades, simples asociaciones o personas que pueden pensar distinto; no implica, por ende, una conformidad con las pretensiones

(26) Conf. art. 168 del Cód. Civ. y Com.

(27) Fallos: 329:5266.

(28) Fallos: 329:5266.

concretas que se formulen por la asociación admitida como persona jurídica” (29).

III. Conclusiones

Tal como se deriva de las reflexiones precedentes, el caso ofrece interesantes definiciones sobre el derecho constitucional de asociarse en general, y sobre las asociaciones civiles en particular. En este último caso, algunas de esas definiciones pueden ser extendidas a otras entidades sin fines de lucro.

Con respecto al derecho constitucional de asociarse, la sentencia reafirma el ejercicio de dicho derecho en su mayor extensión, destacando que las posibles restricciones a este derecho deben ser de excepción. Asimismo, el decisorio de la Alzada confirma el derecho a elegir la estructura asociativa deseada como una arista inherente al derecho de asociarse; siempre y cuando se verifiquen los presupuestos legales exigidos al efecto.

(29) SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho de asociarse con fines útiles, la moral pública y el bien común”, LA LEY 2007-E, 651.

En relación con las asociaciones civiles, cabe destacar en primer término la valoración que el Tribunal hace sobre el bien común, y cómo las asociaciones cumplen esa finalidad. Resulta indispensable la valoración en el sentido de que la satisfacción de intereses particulares de los miembros de estas entidades contribuye a ese objetivo, como así también la clara disposición en la materia del art. 168 del Cód. Civ. y Com., por cuanto consagra que lo determinante es que el objeto de estas entidades no sea contrario al bien común o interés general. A partir de esa línea de razonamiento trazada, el fallo circunscribe con acierto las facultades de control del organismo administrativo a la hora de denegarle personería a este tipo de entidades.

Por último, se destaca que la sentencia ratifica la posibilidad de que las asociaciones realicen actividades lucrativas precisando los recaudos y limitaciones a observar a esos fines. Si bien se trataba de un entendimiento que ya predominaba bajo la vigencia del viejo Código Civil, el art. 168 del Cód. Civ. y Com. impuso una explícita claridad en el tema.

JURISPRUDENCIA

ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS

Presunto acreedor que denuncia incumplimiento de los recaudos exigidos por la ley 24.522 para la apertura del concurso preventivo de su deudora. Rechazo *in limine* de la pretensión.

1. — Las manifestaciones del presunto acreedor relativas a que su deudor no cumple con los recaudos exigidos por la ley 24.522 para la apertura del concurso preventivo no pueden ser tenidas en cuenta en este estado procesal, porque el análisis del “reconocido” estado de cesación de pagos corresponde al juez y porque la producción o sustanciación de pruebas, además de provocar una incidencia autónoma extraña a este embrionario proceso y/o alentar la pronta decisión judicial, ocasionarían un trámite no previsto por la ley sustantiva ni adjetiva que muy probablemente hasta resultaría contraproducente.
2. — No se prevé en el ordenamiento concursal un procedimiento *ad hoc* orientado a evaluar si existe o no un estado de cesación de pagos. Su invocación, y en su caso prueba, pesa sobre el propio autodenominado insolvente (art. 11 inc. 2, LCQ).

JNCom. Nro. 14, 29/09/2021. - HCA SA s/ concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/163770/2021]

14780/2021

1ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 29 de 2021.

1) Por presentados en el carácter invocado y por constituido el domicilio.

2) Solicitó Obras y Sistemas SRL, pretensa acreedora de HCA SA, que se tenga presente su denuncia relativa a que los recaudos exigidos por la ley 24.522 para la apertura del concurso preventivo de la deudora (que explota la cadena de hoteles “Four Seasons” en nuestro país) no se encuentran reunidos; especialmente en cuanto concierne a la efectiva configuración del estado de cesación de pagos. Sostuvo, en prieta síntesis, que tal estado no existe y que la deudora solamente pretende incumplir una obligación puntual, emanada de un laudo arbitral que le fue adverso, incurriendo en un claro abuso de derecho. Afirmó también que aquella goza de un activo muy superior a su pasivo y que contradice sus propios actos, evidenciados en operaciones comerciales realizadas en forma reciente. donde aseguró hallarse *in bonis*. Puntualizó, asimismo, que el sector

hotelero en el que desarrolla su actividad la deudora no está en ruinas, y que la cadena “Four Seasons” —que integra el grupo económico más grande de los Emiratos Árabes— está valuada en más de diez millones de dólares, habiendo sido objeto de una reciente transacción comercial encabezada por el conocido empresario Bill Gates.

3) Con prescindencia de lo que en su oportunidad exprese respecto de la solicitud de apertura concursal de HCA SA, rechazaré *in limine* lo pretendido en la presentación que antecede.

En efecto: el art. 13 de la LCQ otorga al juez competente (art. 3) escasos días hábiles para proveer la presentación en concurso de un deudor. Sean o no suficientes según cada caso en concreto, esos cinco (5) días permiten inferir casi sin margen de dudas que el magistrado debe expedirse de manera celeré (aunque de forma fundada y circunstanciada, pero nunca apresuradamente) acerca de la petición. Ello es lógico, pues de lo contrario podría demorarse la eventual apertura del concurso preventivo de un sujeto que, por la razón que sea, se encuentra en cesación de pagos; con todo lo que ello implica (vgr. corte en la cadena de pagos, mayor insolvencia, etc.).

Naturalmente, no se prevé en el ordenamiento concursal un procedimiento *ad hoc* orientado a evaluar si existe o no un estado de cesación de pagos. Su invocación, y en su caso prueba, pesa sobre el propio autodenominado insolvente (art. 11 inc. 2, LCQ).

Concuerdo parcialmente con parte de la dogmática ensayada por la presentante en su escrito precedente: la confesión del deudor respecto de su estado de cesación de pagos no basta, por sí misma, para tener por configurado este último (art. 79, LCQ). Y digo parcialmente, pues la ley no exige prueba directa, en concreto, de ese estado de cesación de pagos reconocido. No obstante, entiendo que, cuando lo que media es un “reconocimiento” de ese estado, el deudor que se confiesa insolvente, tiene la carga de hacerlo de manera circunstanciada; explicando cómo, cuándo y en qué contexto se produjo su cesación de pagos. La exteriorización de éste debe manifestarse a través de los hechos reveladores ejemplificativamente enumerados en el ya citado art. 79 y la confesión debe resultar, en palabras sencillas, razonablemente creíble para el juzgador.

Sentado ello, y como lo anticipé, considero que las manifestaciones de la presentante no pueden ser tenidas en cuenta en este incipiente estado procesal. Porque, sintetizando, (i) el análisis de ese “reconocido” estado de cesación de pagos (tal lo hecho por HCA SA en su presentación inicial) corresponde al juez, siempre sobre la base del cumplimiento que se

hubiese efectuado de los recaudos legales exigidos por el art. 11 de la ley 24.522; y, (ii) la producción o sustanciación de pruebas, además de provocar una incidencia autónoma extraña a este embrionario proceso y/o aletargar la pronta decisión judicial ordenada por el ya mencionado art. 13, ocasionarían un trámite no previsto por la ley sustantiva ni adjetiva (arts. 273, 278 y cc., LCQ), que a la luz de lo explicado hasta aquí, muy probablemente hasta resultaría contraproducente.

4) Así decidido, sin imposición de costas y sin perjuicio de lo que oportunamente resuelva respecto del eventual cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 11 de la LCQ en el cauce procesal pertinente. Notifíquese personalmente o por cédula a la presentante. — *Pablo D. Frick.*

VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO

Impugnación. Falta de legitimación procesal de los demás acreedores.

1. — Los acreedores apelantes carecen de legitimación para presentarse en el trámite de verificación tardío promovido por otro acreedor. En ese sentido, cabe señalar que el art. 56, LCQ no contempla la participación y/o la intervención de los acreedores concurrentes en los incidentes de verificación tardía promovidos por otro acreedor, estableciéndose que, si el incidente se deduce durante el trámite del concurso preventivo, resultan partes del mismo el deudor y el acreedor.
2. — Si bien no se soslaya que la ley considera que la sentencia dictada en la acción individual es oponible a los demás acreedores —lo que podría justificar su intervención—, lo cierto es que en el caso de que ellos pretendan cuestionarla, deberán hacerla a través de las acciones que se dirigen a dejar sin efecto la cosa juzgada fraudulenta y no mediante la intervención en cada uno de los incidentes.

CNCom., sala F, 11/11/2021. - Ospital, Adolfo Horacio s/ incidente de verificación de crédito.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/178208/2021]

COSTAS

Se imponen a los vencidos.

Expte. n° COM 007118/2017/11/CA011

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2021.

Considerando:

1. Carlos E Moro y Emilio Moro apelaron la decisión del 1/3/21 que declaró verificado un crédito a favor de Adolfo Horacio Ospital por la suma de \$ 17.383.957 con carácter quirografario e impuso las costas al presentante como acreedor tardío (fs.41).

El recurso fue presentado a fs. 44/49 y contestado por la sindicatura a fs. 51/57 y por el incidentista a fs.66/72.

Por su parte, el acreedor Ospital apeló la imposición de costas a su cargo.

El memorial fue presentado el 18/3/21 y contestado el 19/3/21 por la sindicatura.

La Sra. Fiscal General ante esta Cámara dictaminó en fs.77.

2. En forma liminar se dará tratamiento al recurso de apelación interpuesto por los acreedores.

Ciertamente los acreedores Carlos E Moro y Emilio Moro carecen de legitimación para presentarse en el trámite de verificación tardío promovido por el Dr. Adolfo Horacio Ospital.

En ese sentido, cabe señalar que la LC: 56 no contempla la participación y/o la intervención de los acreedores concurrentes en los incidentes de verificación tardía promovidos por otro acreedor, estableciéndose que, si el incidente se deduce durante el trámite del concurso preventivo, resultan partes del mismo el deudor y el acreedor (debiendo el síndico emitir un dictamen).

Por su parte, La ley 24.522 -al igual que su predecesora- prescribe como regla general que el fallido pierde legitimación procesal, pero con una rigurosa precisión que limita su ámbito material: en todo litigio referido a los bienes desapoderados (arg. LCQ:110).

De ese modo, se trasladan al plano procesal los efectos sustanciales concernientes al decreto de quiebra relativos al desapoderamiento. En el marco de tal lógica, y en el entendimiento que otorga esta Sala al precepto, resulta coherente que la legitimación para obrar —es decir, la posibilidad de obtener por sí una sentencia de fondo o de mérito— sea transferida al síndico, a quien también le compete la legitimación negocial (LCQ: 109 párr. 1; Fassi-Gebhardt, Concursos y quiebras, 8° edic. Astrea, 2004, pág. 330).

Síguese de ello, que en el supuesto de quiebra, tal como aquí acontece, el fallido tiene la facultad de hacerse parte (LC: 110), mientras que el síndico será necesariamente parte del proceso, siendo que no corresponde la intervención de los demás acreedores (Rivera, Julio Cesar, “Derecho Concursal”, T. II, Ed. La Ley, 2010, pág. 275).

Recuérdase que la actividad de la sindicatura es sustitutiva de la de los acreedores, pues si bien ello no agota todas las facetas del órgano concursal, uno de tales aspectos es la representación de la masa de acreedores (véase en esa línea, CNCom. Sala A, 5/5/1994, “Pecos Bill I.C.E.I. SCA y Saul Knobel s/ quiebra”).

Aunque debe apuntarse que esta pérdida de legitimación sustancial no es absoluta, debido a que el fallido es desapoderado de sus bienes, pero no expropiado de ellos. Ello permite que en particulares circunstancias pueda impedir iure proprio que los bienes desapoderados salgan de su patrimonio, precisamente con justificación en aquella vocación al remanente que le corresponde (LCQ:228; cfr. Grispo, Jorge D. “Legitimación procesal del fallido” ED, 170-94).

Volviendo al nudo del asunto, y en el cauce interpretativo que adopta este Tribunal, la legitimación sustancial viene a resultar un presupuesto intrínseco de admisibilidad de la pretensión, que influye determinadamente en la suerte del pleito. Dicho en otros términos, la demanda debe ser propuesta por aquella persona a la que la ley considera idónea para estimular, en el caso concreto, la función jurisdiccional de la sentencia a dictarse (cfr. Arazi, Roland, Derecho procesal civil y comercial, Rubinzal Culzoni, 2° edic. Santa Fe, 2004, t.I. p. 117; en igual sentido, Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al estudio del derecho procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2°, 1998, p. 94).

Aplicando tales pautas conceptuales la decisión cuestionada debe confirmarse. Ergo, los acreedores carecen de legitimación para presentarse en la causa a peticionar como lo hacen; con lo cual los agravios que refieren pierden virtualidad.

Y si bien no se soslaya que la ley considera que la sentencia dictada en la acción individual es oponible a los demás acreedores -lo que podría justificar su intervención-, lo cierto es que en el caso de que ellos pretendan cuestionarla, deberán hacerlo a través de las acciones que se dirigen a dejar sin efecto la cosa juzgada fraudulenta (Rivera, Julio Cesar, “Derecho ...”, obra supra citada, pág. 275) y no mediante la intervención en cada uno de los incidentes, tal como señala la magistrada de grado.

Ello así, y dado que el crédito verificado tiene como causa los honorarios firmes regulados a favor de la incidentista por la intervención que le cupo en las actuaciones caratuladas “Gallardo Felix Marcial otro c/ Tierra ampa S.A s/ ejecución hipotecaria”, Expte n° 10170/2012 en trámite ante el juzgado n° Civil n° 34 donde fue la quiebra condenada en costas, cabe reconocer el crédito en la suma de \$ 17.383.957 como quirografario.

3. En relación a las costas de la insinuación, los agravios resultan insuficientes para revertir el temperamento asumido por la Sra. Juez.

Es que tratándose el presente de un incidente de verificación de crédito que resultó objetivamente tardío, debe la insinuante soportar las costas del presente.

Véase que el presente incidente se inició con fecha 25.10.2020, y los honorarios fueron fijados definitivamente en sede Civil el 3.5.2019.

Así, habiendo sido dictada la sentencia vencido el plazo contemplado para la verificación tempestiva el acreedor debió deducir su verificación dentro del plazo de seis meses de haber quedado firme la sentencia para eximirse de las costas como pretende, lo que claramente no sucedió (arg. art. 56 Lcq).

Es que, debió el insinuante adoptar las medidas pertinentes para interponer tempestivamente su petición verificatoria, en tanto conocía la carga cuya observancia le incumbía (CCiv: 20; LC: 32, 200 y conc.); sin que se haya acompañado en este estadio elemento alguno para alterar la decisión sobre el punto. Refuerza lo expuesto que las manifestaciones del apelante resultan una reiteración de lo solicitado en su oportunidad, incumpliendo lo dispuesto por el art.265 Cpr.

4. Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General, *Resuelve*:

Desestimar los recursos de apelaciones interpuestos y confirmar íntegramente el decisorio apelado, con costas a los vencidos (art. 68 y 69 Cpr Cód.Proc.).

Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General ante esta Cámara (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 3/2015 y N° 23/17), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado.

La Dra. Alejandra N. Tevez no suscribe el presente por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). — *Rafael F. Barreiro*. — *Ernesto Lucchelli*.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Compra de pasajes aéreos. Cancelación del vuelo. Medidas de fuerza. Deber de información.

1. — Es de aplicación la LDC, pues la actora contrató el servicio de la aerolínea constituyéndose de ese modo en consumidora, con las consecuencias y efectos que esa legislación prevé, siendo esta ley de aplicación supletoria en el caso. En cambio, no son de aplicación al caso el Código Aeronáutico ni los tratados interna-

cionales que rigen la materia, por tratarse de leyes que contemplan la navegación aérea o comercio aéreo general, y no el incumplimiento contractual que en el caso de marras sustenta la pretensión de la actora.

2. — El incumplimiento en la obligación de brindar el servicio en las condiciones ofrecidas, publicitadas o convenidas, así como el incumplimiento por parte de las empresas aéreas de informar debidamente al usuario no se encuentran regulados en la legislación aeronáutica y sí en la LDC, conforme los arts. 19, 4°, 36 y concordantes.
3. — La información de la cancelación del vuelo es posterior a la contratación de la actora, la consumidora debió conocerla pues forma parte de las condiciones contractuales, lo cual se enlaza además con que no se brindó el servicio en los términos, plazo y condiciones convenidas.
4. — La causa alegada por la parte demandada no constituye una causal de fuerza mayor que justifique la suspensión de ese vuelo en particular pues, entre las medidas de fuerza o paro que argumentan como causal de excusación y el horario previsto para el cumplimiento de la obligación contractual, existe un lapso de doce horas como mínimo y por lo tanto al momento en que debía concretarse el vuelo la medida había culminado hacía varias horas.
5. — Debe tenerse en cuenta que la empresa demandada avisó a la consumidora acerca de la cancelación del vuelo en idioma inglés, pues la notificación de que se trata es de gran importancia para quien le estaban notificando un hecho que modificó sustancialmente sus planes. Tal accionar es violatorio del art. 4° LDC pues allí se establece que la información al consumidor debe ser cierta, detallada y con la claridad necesaria que permita su comprensión en relación a todo lo relacionado con las características esenciales y condiciones del bien o servicio que se provee.



CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Cancelación de vuelo.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$10.000

Daño patrimonial

Daño emergente: \$25.058,59

Daños varios: Daño punitivo: \$14.000

JPaz, Cipolletti, 21/10/2021. - Scagliotti, Mariela Roxana c. Latam Airlines Group SA s/ apelación menor cuantía.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/171131/2021]



COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

M-4CI-895-JP2019

1ª Instancia.- Cipolletti, octubre 21 de 2021.

Resulta:

Que a fs. 1/25, se presenta la Sra. Mariela Roxana Scagliotti, a efectos de iniciar acción de menor cuantía contra la empresa Latam Airlines Group SA.

Que la pretensión económica ejercida es por la suma de pesos cuarenta y nueve mil setecientos veintitrés (\$49.723,59.-), según el siguiente detalle: la suma de pesos veinticinco mil cincuenta y ocho con 59/100 (\$25.058,59.-) en concepto de daño directo, la suma de pesos dieciséis mil (\$16.000.-) en concepto de daño moral y la suma de pesos ocho mil seiscientos sesenta y cinco (\$8.665.-) en concepto de daño punitivo.

Que en consecuencia del reclamo iniciado se da al mismo el procedimiento de menor cuantía que regulan los arts. 802 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Que la actora explica lo sucedido como consecuencia de que el día 4 de mayo de 2019 —a través del sitio despegar.com— adquirió 2 tickets aéreos para cubrir el tramo entre Neuquén y Buenos Aires, a través del vuelo LA7675, operado por la empresa LATAM, por un valor de pesos seis mil seiscientos sesenta y cinco (\$6.665.-).

Que tenía pasajes para ella y su marido con embarque el día 05 de julio de 2019 a las 22:45 horas, por lo que confirmó los asientos para ambos el día anterior al vuelo, completando el check-in.

Que aproximadamente 10 horas antes del vuelo recibió un correo electrónico remitido por la empresa LATAM en el cual le informaron que el vuelo se había

cancelado, ofreciéndole a su vez opciones para resolver tal situación.

Que de las alternativas posibles —entre las que le dieron— eligió la del 06 de julio de 2019 pues tenían pasaje a Madrid para el 07 de julio de 2019 desde el Aeropuerto Internacional de Ezeiza.

Que pese a que intentó realizar la reserva a través de la página web resultó imposible, pues no había disponibles vuelos según lo sugerido, y entiende que debe tenerse en cuenta que en esa fecha se iniciaba el período vacacional invernal de la Pcia. de Neuquén y además era inicio de fin de semana largo. Detalla que también intentó resolver la situación por vía telefónica, pero resultó imposible encontrar opción válida o un operador que tomara el reclamo.

Que ante tal panorama y para no perder las reservas de viaje internacional, compró dos pasajes en la aerolínea JET COST, a través de la agencia eSKY, todo ello por el valor de pesos diecinueve mil seiscientos seis con 10/100 (\$19.606,10.-). A ello se suma el monto de pesos novecientos (\$900.-) que debió abonar por el equipaje y la suma de pesos cuatrocientos cuarenta (\$440.-) que tuvo que pagar de transporte entre el aeropuerto existente en la localidad de El Palomar y la de Ezeiza.

Que además, debe adicionarse la pérdida de la reserva en el hotel Broadway que ya estaba abonada por las noches del 5 y 6 de julio de 2019, por la suma de pesos cuatro mil ciento doce con 49/00 (\$4.112,49.-), que es el valor de la noche no usufrutuada.

Que en respuesta al reclamo por las pérdidas económicas la empresa le contestó el día 22 de agosto de 2019, mediante correo electrónico, que no le ofrecía compensación alguna.

Que detalla la cancelación del vuelo, la cual se realizó a través del correo electrónico, y los reclamos que hizo por ese mismo medio y también vía telefónica, siendo el número de reclamo que le brindaron:

Que indica la indemnización solicitada, funda en derecho y ofrece prueba.

Que acompañó respuesta de LATAM (conf. fs. 2), constancias electrónicas de pasajes (conf. fs. 3/4), ordenes de embarque (conf. fs. 5/6), constancia de cancelación (conf. fs. 7), factura eSKY (conf. fs. 8), tarjetas de embarque (fs. 9, 10 y 12), recibo de pago (conf. fs. 11-13/15), reserva y pago de hotel (conf. fs. 16/18) y constancia electrónica de pasajes internacionales (conf. fs. 19).

Que a fs. 26, se fija audiencia de conciliación para el día 21 de noviembre de 2019, oportunidad a la que concurren ambas partes, sin llegar a acuerdo concilia-

torio alguno. Consecuentemente, la demandada contesta demanda.

Que en su escrito de conteste plantea la inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (LDC), y que en consecuencia el demandado no posee, a su criterio, beneficio de justicia gratuita.

Que no es de aplicación al caso la Ley 24.240, puesto que afirma que es de aplicación supletoria según los términos del Decreto N° 565/2008 y lo dispuesto por el Código Aeronáutico.

Que cita jurisprudencia y doctrina y funda su postura haciendo hincapié en lo establecido por el art. 63 de la Ley N° 24.240 (LDC), todo ello con sustento fáctico en cuestiones vinculadas con el comercio aéreo.

Que especialmente debe considerarse que se trata de un asunto de transporte aéreo, y por ende sujeto a las prescripciones del derecho aeronáutico, cuyo conocimiento corresponde al fuero federal.

Que formula las negativas de rigor legal y en subsidio contesta la demanda.

Que funda el rechazo al reclamo de la actora en las acciones gremiales sucedidas el día del vuelo y que esa circunstancia encuadra en un caso de fuerza mayor, lo que a su entender le exime de responsabilidad.

Que desconoce los daños alegados por la actora. Específicamente en cuanto al daño material, expresa que por tratarse de un caso de fuerza mayor no debe responder por las consecuencias de tal hecho, y que la actora podría haber optado por la devolución de los pasajes o ser reubicada en el primer vuelo con disponibilidad. Que en cuanto al rubro daño moral el mismo carece de una adecuada exteriorización probatoria y por tanto también deber ser rechazado.

Que por otra parte, impugna la procedencia del concepto reclamado por daño punitivo pues entiende que la Ley 24.240 no es de aplicación al caso, y además al no existir dolo o grosera negligencia, no es procedente pues el rubro requiere la existencia de un factor de atribución objetivo.

Que funda el derecho, cita jurisprudencia formula reserva de caso federal y ofrece prueba.

Que acompañó copia del poder de los letrados (conf. fs. 33/40) e impresiones de páginas de internet con información del conflicto gremial de fecha 05/07/2019 (conf. fs. 42/50).

Que a fs. 62/67 la actora contesta el traslado a las excepciones de incompetencia e inaplicabilidad de la LDC. Que en primer lugar manifiesta que las excep-

ciones de previo y especial pronunciamiento no se encuentran contempladas en el proceso de menor cuantía regulado en el Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Que considera que la LDC sí es de aplicación pues la circunstancia que originó el reclamo involucra una relación de consumo que queda amparada en esa norma y que dicha situación fáctica no encuadra en ninguna previsión del Código Aeronáutico. Expresa además que el Código Aeronáutico no contempla el deber de información regulado por el art. 4 de la LDC, deber que considera violentado pues la información de la suspensión del vuelo no estaba contemplada en el contrato primigenio y por otra parte cuando le informaron la cancelación lo hicieron por medio de un correo electrónico en idioma inglés, lo que supone que quien recibe el mismo además deba sortear dicha barrera idiomática. En consecuencia solicita se rechace la excepción planteada.

Que a fs. 69/74 se resolvió no hacer lugar a la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, con costas a su cargo, sentencia que fue recurrida y el recurso de apelación declarado mal concedido.

Luego se tramitó y diligenció la prueba ofrecida por las partes, procediéndose a la certificación de la misma conforme las constancias de fs. 130.

Considerando:

Que la actora Mariela Roxana Scagliotti interpuso demanda con el objeto reclamar por daños y perjuicios contra la empresa Latam Airlines Group SA.

Que entiendo pertinente referirme al tema de la aplicación o no de la Ley N° 24.240 (LDC).

La demandada entiende que el reclamo versa sobre aspectos de la actividad aeronáutica y que no es de aplicación la ley de defensa del consumidor, sino el Código Aeronáutico, los tratados internacionales que rigen en la materia y en especial la Resolución del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos N° 1532/98 y el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de Montreal del año 1999.

En relación a este asunto, considero que sí es de aplicación la LDC pues la actora contrató el servicio de la aerolínea constituyéndose de ese modo en consumidora, con las consecuencias y efectos que esa legislación prevé, siendo esta ley de aplicación supletoria en el caso.

En cambio, considero que no son de aplicación al caso el Código Aeronáutico ni los tratados internacionales que rigen la materia, por tratarse de leyes que contemplan la navegación aérea o comercio

aéreo general, y no el incumplimiento contractual que en el caso de marras sustenta la pretensión de la actora.

La demandada al contestar la demanda, en el punto “5 En subsidio contesta demanda”, expresamente manifiesta: “Respecto del vuelo 7675 de fecha 05/07/2019 debió ser cancelado debido a que ese día, la Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas y gremio de Aeronavegantes, desarrollaron asambleas”.

La misma demandada admite la existencia de un inconveniente que tuvo por consecuencia la cancelación del vuelo.

Es decir, el hecho generador de responsabilidad no está cuestionado por las partes: la actora lo relató en la demanda y la demandada explicó detalles de la cancelación del vuelo admitiendo su existencia. Aunque la empresa indique los motivos que entiende que justifican la toma de aquella determinación, los efectos de su propio acto entiendo que deben ser juzgados con la mirada de las pautas que el plexo normativo consumeril prevé.

La cuestión de la aplicación o no de la ley de Defensa del Consumidor a situaciones vinculadas al transporte aéreo ha sido desarrollada por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 al resolver que: “Con relación al primer agravio, de una interpretación armónica del art. 63 de la ley de Defensa del Consumidor y en consonancia con la Constitución Nacional y Provincial y doctrina Aeronáutica que a continuación se hace referencia, la inaplicabilidad allí apuntada debe limitarse a aquellas cuestiones donde estrictamente se encuentra en juego la responsabilidad del transportista, y no a la relación o contrato en sentido amplio, pues claramente ello daría lugar a un abuso de derecho. Justamente, entiendo que la responsabilidad del transportista es la que debe valorarse a la luz de las normas específicas de la materia (Código Aeronáutico, Convención de Varsovia), por aplicación del principio de especialidad. Para todo lo demás, los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que “consumidores” en los términos de la ley 26.361. Es decir, son parte de una relación de consumo al adquirir los servicios de una empresa —en este caso, dedicada al transporte aéreo nacional e internacional— en forma onerosa y como destinatarios finales (sea en beneficio propio o del grupo familiar)”. (“Blanco, Fanny y otro c. LAN Argentina SA s/ apelación juzgado de paz (menor cuantía)” (Expte. N° M-4CI-18-C2015, sentencia del 27/07/2016).

En virtud de lo expuesto, y con carácter excluyente, los consumidores, usuarios del transporte aéreo, sólo pueden hacer ampararse en la LDC en la medida en que las cuestiones de que se trate no estén previstas en el Código Aeronáutico y los tratados internacionales que

especialmente regulan la actividad. El incumplimiento en la obligación de brindar el servicio en las condiciones ofrecidas, publicitadas o convenidas, así como el incumplimiento por parte de las empresas aéreas de informar debidamente al usuario no se encuentran regulados en la legislación aeronáutica y sí en la LDC, conforme los arts. 19, 4, 36 y concordantes.

El marco regulatorio de aplicación se encuentra entonces conformado por la LDC y los arts. 1092 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En el caso de marras, la información de la cancelación del vuelo es posterior a la contratación de la actora, la consumidora debió conocerla pues forma parte de las condiciones contractuales, lo cual se enlaza además con que no se brindó el servicio en los términos, plazo y condiciones convenidas.

Ahora bien, la demandada argumentó la existencia de un hecho extintivo para liberarse de la responsabilidad imputada.

En este sentido se ha dicho que: "Caso de ser alegado este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él" (Cfr. Alvarado Velloso, "Lecciones de derecho procesal civil" 08/10/2010, Ed. Induvio Editora, p. 475).

En cuanto a la actividad probatoria, la demandada ofreció prueba tendiente a comprobar sus dichos en relación a la causal de fuerza mayor. De esa prueba surge que las medidas de fuerza o paro que llevaron adelante los pilotos comenzaron aproximadamente a las 5:00 horas y duraron al menos hasta las 10:00 horas de la mañana, pues todas las publicaciones son coincidentes en que ese fue el lapso afectado (ver fs. 42/50). Asimismo, de la documentación acompañada por la actora surge que el vuelo N° 7675 estaba pautado para las 22:45 horas con salida en la ciudad de Neuquén (ver fs. 3), circunstancia que fue confirmada por la demandada.

En consecuencia, entiendo que la causa alegada por la parte demandada no constituye una causal de fuerza mayor que justifique la suspensión de ese vuelo en particular pues, entre las medidas de fuerza o paro que argumentan como causal de excusación y el horario previsto para el cumplimiento de la obligación contractual, existe un lapso de doce (12) horas como mínimo y por lo tanto al momento en que debía concretarse el vuelo la medida había culminado hacía varias horas.

Aduna este criterio el hecho de que la comunicación a través de la cual se le comunicó a la actora la suspensión del vuelo N° 7675 fue enviada cuatro (4) horas y

media después de que había culminado la supuesta causal de excusación. Entiendo que en el momento que decidieron comunicar la cancelación del vuelo no existía un motivo para suspenderlo pues la medida ya había culminado hacía varias horas.

En consecuencia, no habiéndose acreditado una causal de justificación pertinente y aplicable al caso traído a análisis, ha quedado acreditada en autos la responsabilidad de la parte accionada que incumplió con su obligación contractual.

Por lo tanto, deberá responder por los daños que guarden nexo de causalidad con los hechos y las pruebas rendidas en autos, los que a continuación se analizarán.

La Sra. Mariela Scagliotti solicitó se condene a la demandada por la suma total de pesos la suma de pesos cuarenta y nueve mil setecientos veintitrés (\$49.723,59.-), según el siguiente detalle: la suma de pesos veinticinco mil cincuenta y ocho con 59/100 (\$25.058,59,—) en concepto de daño directo, la suma de pesos dieciséis mil (\$16.000.-) en concepto de daño moral y la suma de pesos ocho mil seiscientos sesenta y cinco (\$8.665.-) en concepto de daño punitivo. Los daños y perjuicios se encuentran enmarcados en el rubro daño directo previsto en el art. 40 bis de la Ley 24.240 que establece: "El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

En ese orden de ideas, se acreditó el precio abonado por los pasajes no usufructuados (pesos seis mil seiscientos sesenta y cinco —\$6.665.—); la diferencia entre el costo de los pasajes y lo abonado por los pasajes de la empresa Jet Smart (pesos doce mil novecientos cuarenta y uno con 10/100 —\$12.941,10.—); el costo del carry on (pesos novecientos —\$900.—); el costo del transporte Tienda León (pesos cuatrocientos cuarenta —\$440.—); y el costo del hotel no usufructuado (pesos cuatro mil ciento doce con 49/100 —\$4.112,49.—). Todos esos rubros resultan probados y procedentes por un total de pesos veinticinco mil cincuenta y ocho con 59/100 (\$25.058,59.-).

En consecuencia hago lugar a los conceptos y sumas reclamadas, con intereses desde la fecha del hecho que diera origen al reclamo, es decir desde el día en que se suspendió el vuelo.

En cuanto al rubro daño moral debe considerarse que en las relaciones de consumo encuentra su sustento legal en el art. 40 de la Ley 24.240 que establece que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo

de la cosa o de la prestación del servicio, responderán, el productor, el fabricante, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

En el análisis de esta cuestión se ha probado que la cancelación del vuelo provocó que la actora tuviera que reorganizar el viaje interno entre las ciudades de Neuquén y Ciudad Autónoma de Buenos Aires pues el viaje —según las constancias de autos— tenía por objeto abordar otro vuelo con destino a España en el día inmediato posterior. De hecho, según lo que la actora relató en su demanda y luego ratificó a través de la prueba, el viaje al exterior se concretó luego de sortear algunos obstáculos como los cambios de medios de transporte y demás detalles para lograr el objetivo.

Entiendo que tal circunstancia posee mérito suficiente para ser considerado un incumplimiento que necesariamente afectó a la actora en su esfera no patrimonial en los términos de lo previsto por el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el que, en concordancia con el art. 1740 del mismo cuerpo legal, conforman una pauta de deber de plenitud en cuanto a la reparación de daños.

A ello se agrega que en el marco de una relación de consumo debe tenerse en cuenta además el trato digno que la consumidora en el caso se merecía, y que fue afectado conforme lo establecido en el art. 8 bis LDC y 1097 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

La afeción reclamada tiene sustento en el desarrollo de la vida en condiciones de dignidad y decoro, las cuales entiendo como vulneradas conforme a los extremos aportados.

En consecuencia este rubro indemnizatorio es procedente por la suma reclamada de pesos diez mil (\$10.000.-).

En cuanto al daño punitivo en doctrina se le ha definido como las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de hechos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (Cfr. Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), Derecho de daños. Segunda Parte, Ed. La Rocca, 1993, Bs. As., ps. 291/292, Fernández, Raymundo L., “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, 2009, Abeledo-Perrot N° 9212/005522).

Como se ha puesto de manifiesto,...este instituto cumple una doble función: sancionar al autor de una grave inconducta y, al mismo tiempo, disuadir ante el temor de la sanción a que se reiteren en un futuro, he-

chos semejantes (Rua, María Isabel, “El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY 2009-D, 1253).

Los recaudos legales para su aplicación son: a) Incumplimiento por parte del proveedor de obligaciones legales o contractuales y b) Solicitud expresa de la parte perjudicada.

En este asunto, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, se ha expedido en el sentido de que “la falta cometida por el proveedor debe ser de una entidad tal que sea pasible de un calificado juicio de reproche (Cfr. Colombres Fernando Matías: “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, Publicado en: LA LEY, 2008-E, 1159)” (“Marso, Luis A. c. AMX Argentina SA s/ sumarisimo”, Expte. N° 1975-SC-12).

Ahora bien, habiéndose probado en autos el incumplimiento por parte de Latam Airlines Group SA, corresponde establecer si el mismo reúne los recaudos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que venimos analizando.

En primer lugar, debe considerarse que en el caso *sub examine* la demandada ha incumplido una de sus principales obligaciones legales y contractuales cual es la de prestar el servicio de transporte contratado aún sorteada la medida de fuerza del gremio.

En segundo término entiendo relevante el hecho de que avisaran nada más y nada menos que la cancelación de un vuelo en un idioma distinto al que se utiliza oficialmente en la República Argentina, pues notificaron vía correo electrónico en idioma inglés. Este detalle debe considerarse especialmente pues la notificación de que se trata es de gran importancia para la consumidora a quien, en el caso, le estaban notificando un hecho que modificó sustancialmente sus planes.

Tal accionar es violatorio del Art. 4 LDC pues allí se establece que la información al consumidor debe ser cierta, detallada y con la claridad necesaria que permita su comprensión en relación a todo lo relacionado con las características esenciales y condiciones del bien o servicio que se provee.

Es de destacar que no es razonable suponer que los consumidores y consumidoras de la aerolínea demandada comprenden el idioma inglés de forma tal de dar por hecho que se encuentran en condiciones de entender claramente el correo electrónico enviado para comunicar la cancelación, y las opciones que existen para el caso. De este modo no se cumple con la exigencia de inteligibilidad de la información brindada.

El deber de información cierta y detallada posee vital importancia y así lo menciona la doctrina: “El deber de información adquiere en materia de defensa del consumidor el rango de derecho fundamental reconocido expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional, en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económico-jurídica que suelen detentar los proveedores”. (Wajntraub, Javier, “Régimen Jurídico del Consumidor Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, p. 41).

En conclusión, estimo que se encuentran reunidos en autos los requisitos de procedencia del daño punitivo supra referidos.

Corresponde, entonces, proceder a su cuantificación.

Conforme lo dispone el art. 52 de la ley 24.240, la sanción se graduará “en función de la gravedad del hechos y demás circunstancias”.

Entiendo de una importante gravedad el incumplimiento cometido por la demandada en tanto que se trata precisamente de su obligación principal que es la de transportar a la persona que contrató el pasaje.

Por otra parte, la demandada es una empresa de gran importancia, lo cual es de público y notorio conocimiento, su posición en el mercado es muy relevante, aunque no de monopolio.

Por último, debe considerarse el efecto disuasivo que se pretende con la imposición de la sanción, con el objeto de que las empresas brinden el servicio contratado en tiempo y forma y, eventualmente, ante un incumplimiento den curso a los reclamos de los consumidores.

En consecuencia, ponderando todos y cada uno de los parámetros antes mencionados, de conformidad con la prudencia que merecen este tipo de sanciones dado su carácter excepcional, considero razonable reconocer en concepto de daño punitivo la suma de pesos catorce (\$14.000.-).

Por las razones expuestas, resuelvo: 1°) Hacer lugar a la demanda por menor cuantía interpuesta por Mariela Roxana Scagliotti contra la demandada Latam Airlines Group SA condenando a esta última a abonar la suma total de pesos cuarenta y nueve mil cincuenta y ocho con 59/100 (\$49.058,59.-), según el siguiente detalle: la suma de pesos veinticinco mil cincuenta y ocho con 59/100 (\$25.058,59.-) en concepto de daño directo por los conceptos indicados, con más los intereses fijados en los considerandos de la sentencia; con más la suma de pesos diez mil (\$10.000.-) en concepto de daño moral; y la suma de pesos catorce mil (\$14.000.-) en con-

cepto de daño punitivo. Todo ello en el marco de la Ley 24.240 y Arts. 1092 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Los montos deberán ser cancelados dentro de los diez (10) días de notificado de la presente resolución, a cuyos efectos deberá efectuar el pago de la suma referida mediante la modalidad de depósito judicial ante el Banco Patagonia SA de esta ciudad, a nombre de los presentes autos, de trámite por ante este Juzgado de Paz. 2°) Con costas a cargo de la demandada vencida (cf. art. 68 CPC y C). 3°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Andrea Fadelli y Javier Larrión como patrocinantes de la actora —en conjunto— en la suma de pesos ... (\$...-); y los de los Dres. Francisco M. López Raffo y Juan Manuel Aolita, en el carácter de apoderado y patrocinantes de la demandada respectivamente —en conjunto— en la suma de pesos ... (\$...-); dejándose constancia que para efectuar tal regulación se ha considerado no sólo el monto de la demanda sino también la naturaleza, extensión y el resultado de las tareas desarrolladas en autos (arts. 6, 7, 8, 9 y 40 de la ley 2212). 4°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Andrea Fadelli y Javier Larrión como patrocinantes de la actora —en conjunto— en la suma de pesos ... (\$...-) ...Jus; y los de los Dres. Francisco M. López Raffo y Juan Manuel Aolita, en el carácter de apoderado y patrocinantes de la demandada respectivamente —en conjunto— en la suma de pesos ... (\$...-) ...Jus; dejándose constancia que para efectuar tal regulación se ha considerado no sólo el monto de la demanda sino también la naturaleza, extensión y el resultado de las tareas desarrolladas en autos (arts. 6, 7, 8, 9 y 40 de la ley 2212) en relación a la sentencia interlocutoria de fs. 69/74. 5°) Regístrese y notifíquese a las partes y a la Caja Forense. — *Ma. Gabriela Lapuente*.

PLANES DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS

Pretensión tendiente a declarar la nulidad o la rescisión del contrato por incumplimiento. Daños y perjuicios. Rechazo. Consumidora que no puede considerarse “neófito”. Conducta negligente. Interpretación del contrato. Ausencia de prueba de vicios de la voluntad.

1. — La nulidad del contrato de plan de ahorro pretendida por la actora debe rechazarse, pues no ha probado en la causa que confluyera en el momento de su suscripción ningún vicio de la voluntad (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 259 y ss.) o error (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 265 y ss.), dolo (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 271 y ss.) o violencia (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 278); carga probatoria a cargo de la actora por ser quien en mejores condiciones se

encontraba de así hacerlo (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1735).

2. — De la prueba testimonial surge que la actora es de profesión contadora. Es decir, no puede ser evaluada como una “consumidora neófita”, sino como alguien formado profesionalmente, particularmente en el asesoramiento de personas y empresas en las áreas financiera, impositiva, contable, laboral, de costos y societaria, y en la realización de auditorías contables y operativas, análisis económicos y financieros y de costo. De modo que mayor era su deber de obrar con cuidado, óptima prudencia y previsión en la celebración del contrato, lo que incluye su lectura.
3. — Las palabras empleadas en el contrato de plan de ahorro resultan clarísimas en el sentido que les da el uso general a las garantías adicionales al derecho real de prenda que debía constituirse (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1062 y 1063), no son expresiones oscuras (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1068), no caben dudas respecto de los alcances de su obligación (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1095), y fueron consentidas al extremo de realizar actos jurídicos posteriores (cesión del contrato, incorporación de garantes adicionales a la carpeta de crédito) tendientes a ejecutar el contrato.

JNCom. Nro. 31, 27/12/2021. - González, Marcela Alejandra y otro c. FCA SA de ahorro para fines determinados y otro s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/201876/2021]

① COSTAS

A los actores

16470/2017

1ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 27 de 2021.

Resulta:

1. En fs. 231/251 Marcela Alejandra González y Elías Sebastián Romero, promovieron demanda contra FCA SA de Ahorro p/f determinados y contra Auto Zero SA, solicitando que se decrete la rescisión del contrato por incumplimiento y se los condene a abonar las suma de \$707.563,82 más intereses y costas.

Explicaron los actores que en mayo de 2014 la Sra. González se adhirió a un plan de ahorro bajo solicitud N° ..., identificado bajo el Grupo N° 11685, Orden 2, contrato celebrado con FCA SA de Ahorro p/f de-

terminados para la adquisición de un vehículo marca Fiat Punto Attractive, pagaderos en 84 cuotas. La suscripción fue realizada a través de la concesionaria oficial Auto Zero SA. Le manifestaron que si se suscribía al plan ese mismo día “se le haría una quita de tres cuotas”. Esta “promesa” fue expresada en palabras, sin constancia escrita alguna, solamente se le hizo entrega de una nota identificada por el N° 015138. Además, procedió a la firma de un sin fin de papeles, sin posibilidad de lectura o detenimiento alguno y se le informó que debía proceder al pago de la primera cuota del plan por la suma de \$1.282,49 más \$707,51 en concepto de “gastos de gestión”, ascendiendo a un total de \$1.990, obligándola a que lo realice a través de su tarjeta de crédito por primera y única vez. En el transcurso de los meses no solo la primera sino todos los pagos de las cuotas terminaron siendo por tarjeta de crédito a través de un débito automático, jamás solicitado ni consentido.

Señalaron que a principios de enero de 2016 la Sra. González manifestó a la concesionaria Auto Zero SA la intención de licitar y le dieron la opción de entregar su automóvil particular marca Citroën C5 3.0 V6 Exclusive L/05 del año 2006, de propiedad de su pareja y coaccionante. Dicho rodado detentaba una suma asegurada de \$148.500, pero luego de una revisión mecánica por un taller de la concesionaria demandada le informaron que le tomaban dicho vehículo en la suma de \$70.000 además de descontarle la suma de \$2.500 en concepto de “desperfectos técnicos”. Es decir que el monto reconocido sería de \$67.500. No obstante de ser el monto ofrecido muy inferior, le prometieron que cediendo dicho vehículo obtendrían en forma inmediata y sin más trámite un auto Fiat Punto 0Km. Asintieron la firma del boleto de compraventa a favor del Sr. Hugo Marín por la suma de \$67.500 y le reconocieron en consecuencia 16 cuotas por dicho monto. Aclararon que solo asintieron, pero no consintieron la venta de su vehículo, atento que nunca tuvieron la posibilidad de negociar sobre el contenido y las condiciones de la venta, por lo que Auto Zero SA abuso de la situación de vulnerabilidad y desigualdad económica.

Indicaron que la Sra. González con fecha 19 de febrero de 2016 recibió en su domicilio una notificación por parte de FCA SA de Ahorro p/f determinados, en la que se le anunció que el 16 de febrero de 2016 fue favorecida con la adjudicación del derecho de compra por licitación. Se comunicó con la concesionaria y consultó los pasos a seguir respecto a la entrega del vehículo y le indicaron que debía abonar la suma de \$15.000 en concepto de gastos. Procedió al pago correspondiente para lograr obtener en 0Km tan anhelado. La concesionaria procedió a informar la documentación necesaria para realizar la “carpeta crediticia” como, por ejemplo, presentación de recibos de sueldo para acreditar solvencia. Nunca le informaron en forma clara y concisa

que la entrega del vehículo estaría condicionada al pedido de “garantías adicionales”.

Adujeron que habiendo abonado 40 cuotas, entrega-do el rodado de su propiedad para licitar y realizado el pago de \$15.000 en concepto de acarreo, es ahí cuando Auto Zero SA le informo la documentación a presentar para cumplir con las garantías adicionales. Que es en esa oportunidad que la concesionaria le sugiere a la Sra. González, que era monotributista, que le ceda al plan a su pareja Sr. Romero por trabajar en relación de dependencia con ingresos fijos que eran suficientes para armar la carpeta crediticia, por lo que la Sra. González accedió al pedido y le exigieron el pago de la suma de \$6.273,10 por la cesión de solicitud de adhesión. Asimismo, del taller mecánico de Auto Zero SA se comunicaron telefónicamente y le informaron que tenía que abonar la suma de \$3.850 por arreglos que debía realizarse en la unidad entregada. Que las llamadas telefónicas se incrementaron por parte de la concesionaria en las que le advertían que, de no abonar esa suma, le iniciarían un juicio por estafa. En virtud de ello, la Sra. González accedió al pago recibiendo un simple recibo en formato Word de fecha 7 de marzo de 2016 en que se indicó que “este valor es definitivo y una vez abonado las partes no tendrán más que reclamarse”. Con fecha 7 de abril de 2015 el Sr. Romero recibió una carta documento de FCA Automóviles Argentina SA donde le comunicaron que la carpeta de crédito recibida no pudo ser aprobada por que los requisitos crediticios eran insuficientes.

Expresaron que solicitaron al Sr. Ariel Sebastián Romero (hermano del Sr. Elías Sebastián Romero) que entregara sus recibos de sueldos en calidad de garante. Con fecha 12 de abril de 2016 les llego una carta documento lapidaria de FCA Automóviles Argentina SA en la que se le informaba que la carpeta de crédito que recibieron no podía ser aprobada. Atento a la situación, intentaron comunicarse telefónicamente con la automotriz sin obtener respuesta alguna. Que en virtud de ello, procedieron a enviar carta documento a las accionadas y FCA Automóviles Argentina SA contestó que el plan del grupo y orden de referencia se encontraba renunciado desde el día 4 de mayo de 2016.

Sostuvieron que fueron agotadas las vías extrajudiciales realizadas para obtener la resolución del contrato de adhesión y el pago de la suma reclamada sin obtener respuesta alguna, por lo que procedieron a iniciar la presente acción.

Practicaron liquidación, fundaron en derecho y ofrecieron prueba.

2. A fs. 256 punto 2) se imprimió a las actuaciones el trámite de juicio ordinario.

3. Corrido el pertinente traslado, en fs. 291/297, se presentó la demandada Auto Zero SA —por medio de su letrado apoderado— contestó demanda, explicando que no es un concesionario oficial de la marca Fiat por no comercializar vehículos por venta convencional, siendo su actividad comercial únicamente la gestión para la concreción de suscriptores de los planes de ahorro. Reconoció que el actor suscribió un Plan de Ahorro de 84 cuotas por un modelo Fiat Punto Attractive en mayo de 2014, bajo solicitud N° ..., Grupo N° 11658 y orden 2. Reconoció que la actora adjudicó el vehículo por licitación, pero el actor Romero posteriormente no reunió los requisitos para la aprobación de la carpeta de crédito prendario a satisfacción de la administradora —Fiat Plan—.

Negó los demás hechos invocados por la actora.

Por último, solicitó el rechazo de la demanda por los montos reclamados y ofreció prueba.

4. Corrido el pertinente traslado, en fs. 305/317 se presentó la demandada FCA SA de Ahorro p/f Determinados —por medio de su letrado apoderado— opuso excepción de falta de legitimación activa de la actora Marcela Alejandra González por haber manifestado ésta en su escrito de demanda que cedió al Sr. Romero el contrato de adhesión. Contestó demanda haciendo una explicación sucinta de cómo es el funcionamiento del sistema de ahorro previo que administra. Reconoció que la Sra. González se incorporó a dicho sistema para adquirir un automotor de la marca Fiat mediante la suscripción de un contrato de ahorro N° ... con intervención de Auto Zero. El título se identifica como Grupo N° 11685, orden 002. Manifestó que la actora no dijo haber actuado sin discernimiento, intensión o libertad al momento que suscribió el contrato. El contrato resultó adjudicado con los fondos de enero de 2016, con fecha de alta 16 de febrero de 2016. Que el 8 de marzo de 2016 ingresó la nota de pedido de la unidad a la sociedad administradora y el adjudicatario pidió un modelo de mayor valor al bien tipo base del plan. Que posteriormente, la actora cedió el contrato en marzo de 2016 y la adjudicación se dio de baja el 27 de abril de 2016, por que el actor —cesionario— no pagó el derecho de adjudicación ni la diferencia de precio por cambio de modelo. Que la carpeta de crédito había sido rechazada pues la “garantía adicional” se encontraba condicionada a la situación de solvencia del adjudicatario, prevista en las condiciones Generales (art. 7 inc. g).

Negó los demás hechos invocados por la actora.

Por último, solicitó el rechazo de la demanda por los montos reclamados y ofreció prueba.

5. En fs. 323 se resolvió hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada FCA SA de Ahorro p/f determinados respecto a la Sra. González y la Sala “C” de la Excma. Cámara Comercial en fs. 347 resolvió admitir la apelación interpuesta por la actora y rechazó la excepción en cuestión.

6. En fs. 371/372, se llevó a cabo la audiencia preliminar de conformidad a lo previsto por el art. 360 del CP, y se procedió a recibir la presente causa a prueba por el término de cuarenta días y en fs. 726, previa presentación de alegato por parte de la actora en fs. 705/717 y por la demandada FCA SA de Ahorro p/f Determinados en fs. 719/723 y se llamaron los autos para dictar sentencia.

Considerando:

1. De acuerdo a los términos en que ha quedado trabada la litis con la demanda instaurada en fs. 231/251 y su contestación de fs. 291/297 (Auto Zero SA) y fs. 305/317 (FCA SA de ahorro para fines determinados), el thema decidendum consiste en analizar la viabilidad de la pretensión de declaración de la nulidad del contrato celebrado con FCA SA con intermediación del concesionario demandado, si fue informada la coactora González de la exigencia de garantías adicionales (además de la garantía prendaria) al momento de resultar adjudicataria del bien; y si corresponde admitir los daños y perjuicios invocados (el reintegro de las sumas de dinero que se dicen desembolsadas para el pago de las cuotas del plan, cesión del plan, adjudicación y reparación del automóvil entregado en parte de pago, daño moral) y la procedencia del daño punitivo peticionado.

He de aclarar que, de una detenida lectura de las contestaciones de demanda, no surge que ninguna de las accionadas hubiera peticionado se declare la rescisión del contrato —ello, malgrado lo referido por la Excma. Cámara del Fuero en la resolución dictada en fs. 347— petición efectuada por la actora en el segundo párrafo del capítulo 1 Objeto del escrito de demanda, alegando incumplimiento de las accionadas.

2. Los hechos admitidos por las partes y los que han sido objeto de prueba en las actuaciones en lo que resulta de interés para resolver el conflicto, son los siguientes:

a. Se encuentra reconocido que Marcela Alejandra González suscribió el Plan de Ahorro Previo para la adquisición de un automóvil marca Fiat Punto Atractiva bajo solicitud N° ..., Grupo N° 11685, orden 2, con la intermediación de Auto Zero SA (en copia, fs. 127); que llegada la cuota N° 23 en el mes de enero de 2016 efectuó una oferta de licitación en la que fue favorecida mediante comunicación efectuada el 16/02/2016.

Que, en esa oportunidad, ante los requerimientos de garantías adicionales que la actora no pudo satisfacer, en el mes de marzo cedió los derechos del Plan al Sr. Elías Sebastián Romero (su pareja) y que le fue informado que la carpeta de crédito del cesionario tampoco fue aprobada por requisitos crediticios insuficientes.

b. ICBC agregó a estos obrados copia de los resúmenes de cuenta de la tarjeta de crédito VISA de titularidad del coactor Romero, que dan cuenta del débito automático de las cuotas 2 y 5 a 22 de Fiat Pla11685002 y 3 cuotas de débito automático Auto Zero SA a partir del 01/05/2014 (fs. 433/480).

c. La prueba pericial contable producida sobre los libros de la demandada FCA SA —llevados en legal forma— corrobora el registro de la solicitud de adhesión N° 955020, Grupo 11685, orden 2, registrando el pago de 23 cuotas del Plan, la primera de ellas de vencimiento 20/05/2014 y la última 11/04/2016 y cuotas impagas desde la N° 24 a la cuota N° 68; que consta la que se realizó una transferencia con N° ... de González Marcela Alejandra a Romero Elías Sebastián el 08/03/2016; que se licitaron 16 cuotas, que fueron aplicadas a partir de la cuota 69 hasta la cuota 84. Que, de acuerdo a la documentación tenida a la vista, el titular Romero se dio de baja el 27/04/2016. Informó la perito que el Plan no resultó adjudicado, no pudiendo precisar cómo se llevó a cabo la licitación pues no tuvo a la vista sobre cerrado ni formulario firmado por los actores.

La pericia fue impugnada por la actora y la demandada y ante la falta de contestación de la impugnación de fs. 613/614, se dispuso la remoción del perito; por lo que en fs. 684/689 el contador Bocian presenta un nuevo informe pericial.

Ratificó la contratación y los pagos de las cuotas del plan de ahorro que se corresponden con los recibos y cupones acompañados por la actora, los que totalizan —según planilla Anexo A— la suma de \$60.632,36, antes de su actualización. Especificó que el Plan estuvo a nombre de la Sra. González desde el 14/05/2014 hasta el 14/03/2016, la cuota 23 de vencimiento 11/04/2016 fue abonada por Elías Romero ese mismo día. Que la licitación fue ganada por Marcela González habiendo ofrecido \$70.100, fueron licitadas las últimas 16 cuotas (de la 69 a la 84), aplicados \$16.526,10 al diferimiento de cuotas y \$53.573,90 a 16 cuotas (\$52.134,08) y acreditación a la cuota 23 (\$1.439,82). Informó el perito que el estado actual del Plan es “dado de baja” el 27/04/2016 (procesada el 05/05/2016); que la fecha de cesión al sr. Romero fue el 15/03/2016; y la demandada no proporcionó documentación que permita responder si el adjudicatario cumplido con los requisitos de la carpeta de crédito.

La pericia fue impugnada en fs. 691 por FCA SA y el perito respondió las mismas en fs. 693/695, informando que de acuerdo a la cuenta corriente exhibida surgió un saldo impago de \$6.601,76 como concepto derecho de adjudicación más IVA, desconociendo el experto el método de imputación del dinero aportado por el licitante pues podría haber cubierto el derecho de adjudicación y el resto aplicarlo a las cuotas licitadas.

d. El Registro de la Propiedad Automotor informó en fs. 492/496 que el automotor dominio ... —que se invocó (fs. 231 vta. quinto párrafo) como tomado como parte de pago para licitar la suma de \$70.000 y fue vendido al Sr. Hugo Marín en la suma de \$67.500 valor inferior al del bien asegurado— resultado de titularidad del sr. Romero desde el 04/09/2014 hasta el 20/04/2016 transfiriéndolo a Belén Soto según 08 en la suma de \$120.000.

e. De la pieza obrante de fs. 135 —Recibo de Venta, sin membrete ni sellado, fechado el 18/02/2016— surgiría la venta al sr. Marín en la suma de \$67.500; sin que se adjuntara boleto alguno de compraventa, entrega de documentación del vehículo o de formulario de transferencia. El comprador no fue citado a reconocer la firma que se le atribuyó ni prestar declaración sobre la operación.

f. En fs. 575/576 obra el testimonio del Sr. C. (de profesión transportista) quien declaró conocer a la Sra. González porque es su contadora, que la pareja constituida con Elías Romero le comentaron que compraban un coche, que entregaban un coche que tenían (Citroën C5) y plata; y sobre el estado de angustia, amargura y depresión de la Sra. Gonzales porque no le entregaban el auto nuevo según le comentaron.

Gabriela Menicucci declaró en fs. 594/595 que los actores habían entregado un 50% y un auto para la licitación lo que le consta porque le mostraron el contrato, que le solicitaron ser garante por los recibos y que le rechazaron los garantes sin recordar el motivo.

La testigo G. —que trabaja en el concesionario demandado donde se hizo la suscripción— declaró sobre la operatoria de los contratos de ahorro previo, modalidad de pago, adjudicación y requisitos que deben cumplir los suscriptores para que le entreguen la unidad. En el caso particular de la actora, declaró que la carpeta de crédito fue rechazada desde la administradora a través de una nota, que se le dieron alternativas para que pueda cumplir: cesión del plan para cambiar la titularidad, deudores solidarios o que adelante cuotas para tener menor cantidad de deuda; que la actora le dio de baja al plan al ser rechazada la carpeta. En cuanto al procedimiento de licitación, declaró que es un pedido escrito por un monto determinado, pero es virtual porque el adherente no deja dinero, y se lo

hace depositar si resulta ganadora en una cuenta de la administradora en el Banco Galicia. Que los requisitos que deben cumplir el ahorrista según su nivel de deuda son informados por el concesionario.

En la décima repregunta declaró que no tuvo intervención en la operatoria del caso de autos y que al decirle el abogado que tenía que concurrir a declarar por un plan, se fijó en el sistema y aparecía renunciado.

Si bien el testimonio no fue impugnado por las partes, sus últimas declaraciones descalifican su testimonio en los términos del art. 456 del CP.

3. Los actores persiguen se declare la nulidad del contrato de ahorro previo para la adquisición de un vehículo marca Fiat, que obra reservado en fs. 127; originalmente suscripto por la coactora Marcela González y luego cedido al Sr. Elías Romero.

Para así peticionar, sostuvo la Sra. González que procedió a firmar un sinfín de papeles sin posibilidad de lectura o detenimiento alguno, bajo la alegación del vendedor que lo que se firmaba eran meras formalidades.

En primer término, he de señalar que del testimonio del Sr. C. surge que la actora González es de profesión contadora. Es decir, no puede ser evaluada como una “consumidora neófita”, sino como alguien formado profesionalmente, particularmente en el asesoramiento de personas y empresas en las áreas financiera, impositiva, contable, laboral, de costos y societaria, y en la realización de auditorías contables y operativas, análisis económicos y financieros y de costo.

De modo que mayor era su deber de obrar con cuidado, óptima prudencia y previsión en la celebración del contrato, lo que incluye su lectura.

De otro lado, los contratos deben interpretarse y ejecutarse conforme la intención común de las partes (y en el caso, era claro la intención de adquirir un vehículo 0km mediante un plan de ahorro previo) y al principio de buena fe (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1061).

Por lo demás, no escapa al Tribunal que la actora cedió con posterioridad el contrato a los fines de lograr la aprobación crediticia de su carpeta a Elías Romero quien, según fue dicho al promover demanda es su pareja, lo que importó reafirmar su voluntad de continuar con la ejecución del contrato, acto jurídico relevante, previo a esta demanda, emanado de la Sra. González y aceptado por el Sr. Romero (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1067). A lo que debe sumarse que, rechazada la carpeta de crédito del cesionario, continuó en busca de garantías adicionales (vid. Testimonio Menicucci, punto 2. f.).

Efectuadas tales consideraciones, he de analizar los términos del contrato libremente celebrado por la actora, acto jurídico respecto del cual no ha probado en la causa que confluiera en el momento de su suscripción ningún vicio de la voluntad (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 259 y ss.) o error (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 265 y ss.), dolo (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 271 y ss.) o violencia (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 278); carga probatoria a cargo de la actora por ser quien en mejores condiciones se encontraba de así hacerlo (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1735).

Adviértase que ni siquiera ha solicitado la citación como testigo del empleado de la demandada que intervino en la celebración del contrato (siquiera su individualización por el concesionario demandado), que le habría efectuado la promesa de bonificación de cuotas y que le habría asegurado que sólo se constituiría una prenda sobre el automotor como garantía del cumplimiento del contrato.

En lo que respecta a la invocada promesa el vendedor de hacer una quita de tres cuotas (vid fs. 231 vta.), el contrato en su artículo 3, en color rojo, advierte al suscriptor que “Son nulas todas y cada una de las bonificaciones y/o compromisos que otorguen o comprometan los concesionarios o agentes respecto de la Administradora y/o Fabricante...el Solicitante deberá denunciar por escrito, dentro de los 30 días de haber suscripto la solicitud de ahorro, acompañando copia del instrumento respectivo, los compromisos, promesas u otras obligaciones que hubiera asumido el concesionario promotor de la solicitud de ahorro, respecto de situaciones no previstas en el contrato de ahorro”. En caso de no hacerlo, se previó que “las mismas se entenderán pactadas entre el Solicitante y el concesionario/agente promotor y ajenas a la relación jurídica entre el solicitante y la Administradora”.

Si adjuntara el compromiso y la Administradora lo devuelve firmado, se entendería que la Administradora asumió solidariamente el compromiso.

La letra —reitero resaltada en rojo en el fondo verde con tipografía negra— no pasa inadvertida aun cuando la actora hubiera actuado negligentemente al no leer el contrato.

De otro lado, no ha acompañado compromiso escrito alguno en sustento de sus dichos (no cabe otorgar tal carácter a la pieza reservada en fs. 126), menos aún haber cumplido con el art. 3 del contrato de marras.

El no consentido débito automático de las cuotas del plan de la tarjeta de crédito del actor Romero (vid. 2. b.) lo fue de la cuota 2 y de la 5 a 22, sin que se produjera en las actuaciones prueba alguna tendiente a demostrar que siquiera intentó dar de baja el débito automá-

tico; lo que nuevamente importa consentimiento de la modalidad adoptada en el pago de las cuotas.

En cuanto a la cuestión relativa a la carpeta de crédito rechazada, invocó que solo le fue informado al firmar el contrato que el día en que fuera beneficiaria del auto 0 Km, quedaría prendado como garantía real de devolución del préstamo en dinero otorgado por la Administradora, “tal como surge del plexo convencional en su art. 7 inc. G.” (vid. fs. 232, tercer párrafo).

Evidentemente, la parte actora no leyó (ni siquiera al promover esta demanda) en su totalidad el art. 7 inc. g) invocado pues, a continuación de referir la constitución de una garantía real de devolución del préstamo, éste establece “Asimismo, el adherente deberá presentar como garantía adicional, a satisfacción de la Administradora, un codeudor solidario, cuando los bienes del Adjudicatario no resulten suficientes para la cobertura y respaldo del Grupo, según se establece a continuación. El valor de los bienes del deudor y/o codeudor no deberá ser inferior a tres veces el monto de la deuda al tiempo de suscripción de la respectiva prenda. En caso que el patrimonio del deudor o codeudor disminuya por cualquier circunstancia durante la vigencia del contrato de prenda, la Administradora estará facultada para solicitar garantías adicionales”.

Y en la pieza incorporada por los accionantes en fs. 163, se detalla las garantías adicionales que serían requeridas según fuera el monto de la deuda respecto del valor del automóvil. Y en el caso, contrariamente a lo declarado por la testigo M. en el sentido que los actores habían entregado un 50% del valor del Plan y un auto para según lo comprobó viendo el contrato pues le habían solicitado ser garante, lo cierto es que sumadas las cuotas licitadas (16) y las abonadas mensualmente (23), la suma de 39 cuotas no alcanzaban ni al 50% del valor móvil del vehículo base (no se ha probado el cambio de modelo referido por la demandada); por lo que se tornaban operativas las garantías adicionales plasmadas en el mencionado documento.

De modo que, las palabras empleadas en el contrato resultan clarísimas en el sentido que les da el uso general a las garantías adicionales al derecho real de prenda que debía constituirse (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1062 y 1063), no son expresiones oscuras (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1068), no caben dudas respecto de los alcances de su obligación (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1095), y fueron consentidas al extremo de realizar actos jurídicos posteriores (cesión del contrato, incorporación de garantes adicionales a la carpeta de crédito) tendientes —como se ha dicho— a ejecutar el contrato.

En lo que respecta a la invocada entrega del automóvil de propiedad del sr. Romero para efectuar la licita-

ción y el precio vil al que le fuera tomado “como parte de pago” (vid. fs. 231 vta., quinto párrafo) —rectius, imputación a cuotas del Plan—, extremo con el que intentan argumentar dolo por parte de Auto Zero SA, los accionantes han adjuntado un “Recibo de Venta” (fs. 135) sin membrete del concesionario demandado sin fecha cierta (refiere haber sido expedido el 18/02/2016) del que surgiría la venta al sr. Marín en la suma de \$67.500; sin que se adjuntara boleto alguno de compraventa, entrega de documentación del vehículo o de formulario de transferencia.

El mencionado Marín, no fue demandado en estos obrados, ni citado como tercero en los términos del CP. 94, tampoco citado como testigo por la actora a reconocer el documento.

Y el documento reservado en fs. 159 (nuevamente sin membrete del concesionario demandado) con el que la actora pretende probar que debió abonar la suma de \$3.850 en concepto de reparación del vehículo dominio ... entregado “como parte de pago” atribuido a una firma con la aclaratoria “Mamzucco” o “Manzucco”, tampoco fue objeto de prueba de reconocimiento en autos por quien habría percibido dicha suma.

Del informe del Registro de la Propiedad Automotor, surge que el bien registró titularidad del sr. Romero desde el 04/09/2014 hasta el 20/04/2016 transfiriéndolo a Belén Soto según 08 en la suma de \$120.000; sin ninguna mención a Marín, ni constancia de denuncia de venta previa del actor Romero a este último.

De modo que no fue acreditado por la actora la autenticidad del documento de fs. 135 ni la intermediación que se atribuyó al concesionario en la operatoria de venta y reparación del vehículo (fs. 149) de propiedad del Sr. Romero; aun cuando no desconoce esta Jueza que licitó 16 cuotas con dinero en efectivo.

Todo lo dicho, lleva sin más al rechazo de la demanda por nulidad del contrato.

En lo que respecta a la subsidiaria solicitud de rescisión de contrato por incumplimiento de la demandada, ha quedado probado en autos que el plan del contrato se encuentra dado de baja plan con fecha 27/04/2016 (baja procesada el 05/05/2016, vid. punto 2. c.): si bien no le fue proporcionado a la perito documentos que sustenten tal acto jurídico, lo cierto es que ha quedado acreditado a través de dicha prueba que el cesionario no abonó el derecho de adjudicación de \$6.601,76 más IVA, cuota alguna con posterioridad a la N° 23 en que se ganó la licitación, de modo que no surge que haya continuado pagando las cuotas mensuales aun cuando, en la carta do-

cumento reservada en fs. 190, la Administradora le comunica la viabilidad de la reactivación del plan a pesar de la renuncia.

De acuerdo a la cláusula 6.4 del contrato, la obligación del adjudicatario de abonar las cuotas mensuales del Plan continuaba, mientras estuviera pendiente la entrega del bien.

Si bien en la carta documento referida y en los libros de la Administradora surge expresada la “renuncia” del cesionario al plan —de lo que no existe comunicación por medio fehaciente tal como prescribe el art. 13.1—, lo cierto es en fs. 196 —documento acompañado por la parte actora, no controvertido— Fiat Plan refirió haber recibido comunicación del Sr. Romero de su renuncia al plan, a la que diera curso el 05/05/2016, lamentando la decisión.

Allende ello, el art. 7 establece que la falta de cualquiera de los requisitos allí previstos dentro de los 5 días corridos contados a partir de la fecha de recepción del formulario de pedido de la unidad, daría derecho a la administradora a dejar sin efecto la adjudicación; la falta de pago de las cuotas del plan por tres meses consecutivos o alternados, faculta a la Administradora a declarar resuelto de pleno derecho la solicitud de adhesión (art. 13.2) y la falta de pago de una cuota por los Adjudicatarios, produciría la caducidad de los plazos otorgados para el pago de las restantes cuotas, haciéndose exigible el total pendiente de pago más un interés compensatorio y punitivo a favor del Grupo (art. 17).

Concluyo de lo expuesto que resulta abstracto pronunciarse respecto de la rescisión del contrato petitionada; pues el contrato se encontraba resuelto con anterioridad a la promoción de esta causa; y no por un incumplimiento de la Administradora.

En cuanto a la solicitud de restitución de las sumas abonadas del Plan, la pericial contable informó el pago de las cuotas 1 a 23 y 69 a 84, si bien el contrato carece de fecha de ingreso o de conformación del grupo, lo cierto es que la primera cuota abonada por la Sra. González fue la de vencimiento 20/05/2014.

La cuestión en este aspecto debe ser juzgada en el marco del contrato de ahorro previo celebrado, en particular del art. 18.

Por lo que, allende a que al tiempo de promoción y contestación de la demanda el Plan se encontraba vigente y no asistía derecho al Sr. Romero a solicitar el reintegro de las sumas abonadas, habiendo ya transcurrido los 30 días previstos por el art. 18 mencionado, se ordenará a la Administradora del Plan informe al Sr. Romero en el término de 10 días las

cuentas relativas a la liquidación del grupo, del que surja el haber que corresponda reintegrarle en los términos del inc. b) y c) del art. Citado; los que serán puestos a su disposición en los términos establecidos en el art. 22 del citado contrato.

En lo que respecta a los daños y perjuicios reclamados, en orden al rechazo de la nulidad del contrato y rescisión por incumplimiento de las accionadas, no encuentro mérito para admitir la demanda a su respecto.

4. Las costas las impondré a los actores sustancialmente vencidos (Cpr. 68).

Por todo lo expuesto, de conformidad con las normas citadas, fallo: 1. Rechazar la demanda promovida por Marcela Alejandra González y Elías Sebastián Romero y absolver a Auto Zero SA y FCA SA de ahorro para fines determinados. 2. Imponer las costas a la actora vencida (Cpr. 68). 3. Procédase, atendiendo al estado procesal de las presentes actuaciones, a regular los honorarios de la totalidad de los profesionales intervinientes. A tales fines se tiene en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de la totalidad de los trabajos realizados por cada uno de los profesionales, las etapas efectivamente cumplidas tomando como base para la regulación el monto de la condena con más sus intereses, ello de conformidad con el plenario de la CCOM. en autos “Banco del Buen Ayre SA c. Teixeira Méndez SA s/ ordinario s/ incidente promovido por Bindi, Gustavo”, del 29/12/1994. De acuerdo con tales parámetros, régúlese los honorarios de las letradas patrocinantes de las actoras Dra. Gabriela Anahi Abad y Selva Raquel Bove Brizuela —en forma conjunta—, por sus actuaciones en la primer etapa del proceso —demanda— en la suma de \$... (conforme arts. 6, 7, 9, 10, 13, 19, 37, 38 y 49 de la ley 21.839, con las modificaciones introducidas en lo pertinente por la ley 24.432) y en ... UMAS, equivalente al día de la fecha a \$... por las labores que han sido desarrolladas durante la puesta en vigencia de ley 27.423, arts. 15, 16, 20, 21, 24, 29 y 51, con las modificaciones introducidas en lo pertinente por la ley 24.432. Al Dr. Daniel Jorge Fernández por su actuación como letrado apoderado de la demandada Auto Zero —vencedora—, en la primera etapa del proceso —contestación de demanda—, en la suma de \$... y en ... UMAS equivalente al día de la fecha a \$... por las labores que han sido desarrolladas durante la puesta en vigencia de ley 27.423, arts. 15, 16, 20, 21, 24, 29 y 51, con las modificaciones introducidas en lo pertinente por la ley 24.432. Al Dr. Alejandro Soccimarro por su actuación en la primer etapa del proceso —contestación de demanda— como letrado apoderado de la demandada (vencedora), FCA SA de Ahorro p/f Determinados en la suma de \$... y en ... UMAS, equivalente a la suma de

\$...por las labores que han sido desarrolladas durante la puesta en vigencia de ley 27.423, arts. 15, 16, 20, 21, 24, 29 y 51, con las modificaciones introducidas en lo pertinente por la ley 24.432. Al perito contador designada de oficio por el Tribunal Jaime Bocian en ...UMAS, equivalente al día de la fecha en la suma de \$... Asimismo, corresponde fijar los honorarios de la mediadora Dra. María Luján Markmann Turiel, en la suma de \$...; de conformidad con lo previsto en el anexo III, art. 1º, inc. e) del Dec. 1467/2011, con más el IVA correspondiente. Se han empleado estas pautas teniendo en cuenta que no se indica que se hubiere pactado el monto del honorario. Hágase saber al beneficiario que si ha percibido el monto correspondiente al “honorario provisional” indicado en el art. 28 del Dec. 1467/2011, debe descontarlo de los honorarios prefijados, al intentar su cobro. Déjese constancia que el monto de los honorarios regulados precedentemente no incluye el 21% en concepto de la alícuota del IVA, impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas, conforme la doctrina sentada por la CSJN en los autos Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación del 16/06/1993. Esta medida se hará efectiva únicamente en caso que el beneficiario del pago revista la calidad de responsable inscripto (R.G. —DGI— 3316/91:3). Los honorarios regulados en la presente resolución deberán ser abonados dentro del plazo de diez días que la presente quede firme. Notifíquese a todos los beneficiarios. 4. Notifíquese por Secretaria, regístrese, cúmplase y, oportunamente, archívese. — *Vivian Fernández Garelo.*

FALLAS DE FÁBRICA

Defensa del consumidor. Compra de automotor. Ingreso al taller mecánico tres veces en menos de un mes de adquirido. Reparación deficiente. Daño moral. Daño punitivo. Riesgo a la seguridad vehicular.

- Siendo que las reparaciones fueron realizadas en el marco de la garantía otorgada por la demandada debido a que se trató de defectos que tuvieron origen de fábrica y no fue invocado, ni mucho menos acreditado que las fallas hubieran sido ocasionadas por un uso inapropiado del rodado por parte del accionante, cabe responsabilizar solidariamente por ello al fabricante y a la concesionaria oficial codemandada por los perjuicios ocasionados a los actores.
- La frustración de la finalidad para la que estaba destinada la unidad adquirida quedó configurada por los persistentes mensajes de

fallos del sistema de control de estabilidad que obligaron a su ingreso periódico y reiterado al taller mecánico de la codemandada, dado que los desperfectos en cuestión resultaron totalmente anormales en un vehículo 0 km., máxime tratándose de un modelo de los denominados de “alta gama” y de una marca reconocida en plaza.

3. — Existieron defectos y/o vicios del rodado que motivaron el ingreso de éste al taller mecánico de la concesionaria oficial en tres oportunidades, en menos de un mes y una semana de adquirido; desperfectos —éstos— que subsistieron, pese a las reparaciones a las que fue sometido dicho vehículo, en el marco de la garantía de fábrica otorgada por la demandada.
4. — Resulta lógico que quien adquiere un automóvil nuevo, con un rodamiento mínimo y recorriendo un kilometraje promedio razonable —como en el caso de los actores—, aspire a que durante los primeros años ese rodado funcione sin inconvenientes, requiriendo solo de un mantenimiento mínimo.
5. — Las reiteradas reparaciones efectuadas al rodado en el marco de la garantía, sin que pudiera darse una solución definitiva a los distintos desperfectos —esto es, configurado el supuesto de “reparación insatisfactoria” normado por el art. 17 LDC— determinan que resulte inadmisibles pretender que la solución al defecto de fábrica estaría dada por el encendido inmediato del motor al instante de ingresar al vehículo de marras, para eludir la activación del mensaje indicativo de peligro en cuestión.
6. — Sea porque el sistema de alertas y seguridad es extremadamente sensible y se dispara innecesaria y falazmente, o sea porque el sistema de estabilidad funciona inadecuadamente, por cualquiera de esos motivos, lo cierto es que tanto uno como otro caso revela un preocupante mal funcionamiento que, en tanto, reconocidamente extendido a todos los modelos de ese automotor, se erige en un claro defecto de fabricación.
7. — La adecuación de una cosa al destino fábrilmente programado se revela necesariamente con el uso adecuado. En el caso esa utilización regular demostró, por lo menos, una excesiva sensibilidad del sistema de detección de problemas en la estabilización vehicular. La reconocida circunstancia de que todos los modelos presenten esa característica no transforma superadoramente, ese defecto en virtud ni es aceptable como sanación del yerro de fábrica. Porque, según el propio fabricante, el sistema que debería alertar del mal funcionamiento se dispara cuando todo funcionaría adecuada y normalmente. Eso, es claro, constituye un defecto de fabricación.
8. — Cuadra calificar a los actores como “consumidores” en los términos del art. 1° de la ley 24.240 y el art. 1092 del Cód. Civ. y Com., toda vez que resulta evidente que éstos adquirieron el automotor como destinatarios finales, es decir, los accionantes retiraron el bien y/o producto del mercado y lo sustrajeron de la cadena de valor, al darle un destino final personal.
9. — La protección de los intereses económicos de los consumidores exige una garantía de la adecuación e inocuidad de los productos. Se pretende que cumplan con estándares de calidad que los hagan aptos para satisfacer la finalidad a la que están destinados.
10. — Los empresarios y proveedores son igualmente responsables por los defectos de los productos, por incumplimiento contractual de los “deberes de seguridad y garantía”, los cuales exigen a aquéllos suministrar los productos en condiciones de resultar satisfactorios para el interés del consumidor y no producir daños al consumidor, ni en su persona, ni en sus bienes.
11. — Es relevante el informe pericial mecánico, al resultar el único medio probatorio idóneo a los fines de acreditar y constatar el estado general del vehículo —luego de las reparaciones efectuadas— por un experto en la materia.
12. — En el caso puntual de compra de un automóvil, se debe ser más exigente que en el supuesto de adquisición de otros objetos, ya que el vehículo que funciona mal, pone en serio peligro a las personas conducidas en el mismo y a terceros.
13. — La disminución del precio actual de la cosa en el mercado a causa de las fallas que evidencia no tiene por qué ser soportado por el consumidor, ya que eso implicaría responsabilizarlo a él por los defectos del bien.
14. — Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicial-

mente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen “daño moral”; para que así sea, es menester alegar y probar —razonablemente— la modificación disvaliosa en la capacidad del espíritu de querer o sentir del damnificado para, así, poder admitir tal rubro indemnizatorio.

15. — Se encuentra debidamente acreditada la configuración del daño moral, si se tiene en cuenta que la actitud de la fabricante codemandada de no honrar sus compromisos de producir y brindar a los consumidores adquirentes actores un automóvil de su marca que cumpliera, desde el inicio, con los requisitos normales y esperables de “seguridad, utilidad y fiabilidad”, por no reunir las “condiciones óptimas” para satisfacer la finalidad a la que estaba destinado, necesariamente debió generar lógicas angustias, incomodidades, zozobras, desilusiones, incertidumbres, disgustos y ansiedades, con los naturales padecimientos que todo ello trae aparejado.
16. — La codemandada incumplió en forma deliberada las obligaciones que asumiera —en su rol de fabricante de cosas potencialmente riesgosas, como lo son los vehículos— con los actores adquirentes, a sabiendas de que su accionar era antijurídico, obrando con un reprochable desprecio por los derechos del consumidor, conducta ilícita en la que ha persistido durante la sustanciación del proceso, donde pese a admitir la aparición del “Mensaje de Peligro” de referencia, en cada encendido de motor, no procuró una solución efectiva a la problemática planteada, con los riesgos que ello puede implicar para la vida y la seguridad de los consumidores adquirentes de los rodados, para los pasajeros y para terceros.
17. — Un defecto como el denunciado por los actores debió ser reparado y no seguir presentando dificultades. La extendida fabricación de un modelo con defecto semejante no puede ser tolerada, pues constituye un grave riesgo a la circulación vehicular. Por eso y para convenir al fabricante de que es necesario mejorar los sistemas de seguridad de los rodados de que se trata, es pertinente imponer la condigna multa que lo encarrile hacia la producción de un producto sin defectos.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Falla de fábrica de automotor.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Daños varios: Daño punitivo: \$5.000.000

CNCom., sala A, 07/12/2021. - Lenarduzzi, Alejandro y otro c. Automóviles San Jorge SA s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/192692/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido

Registro de Cámara N° 27919/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 7 de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Chomer* dijo:

I. Los hechos del caso.

1) Alejandro Luis Lenarduzzi y María Soledad del Carmen Leivas promovieron demanda por daños y perjuicios contra “General Motors de Argentina SRL” (en adelante, también “GMA”) y “Automóviles San Jorge SA”, reclamando el cobro de la suma de pesos un millón doscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos noventa y ocho con cuarenta centavos (\$1.285.498,40), con más el importe que se estime en concepto de “daño punitivo”, con más sus respectivos intereses y costas del juicio.

Luego de manifestar los motivos que los llevó a adquirir el rodado objeto de la litis, sostuvieron que, con fecha 06/02/2017, se dirigieron a la concesionaria oficial de la marca Chevrolet, “Automóviles San Jorge SA” y dejaron una seña para la adquisición de un vehículo 0 km., marca Chevrolet Trailblazer 2.8 CTDI 4x4 LTZ A/T.

Indicaron que el día 16/02/2017 les fue entregado el mencionado vehículo, habiendo abonado el importe de \$802.880, conforme surgía de la factura N° 0107-00000580 del 08/02/2017, con más la cantidad de \$49.035, en concepto de alistamiento, flete, inscripción de alta, etc., tal como emergía de la factura N° 0117-00001306 del 16/02/2017 y la suma de \$25.200 por la declaración jurada de patentes. Añadieron que el monto total de la camioneta ascendía a la suma de \$877.115.

Señalaron que, con posterioridad a la fecha de entrega del aludido rodado, éste evidenció fallas eléctricas en plena ruta el 28/02/2017, mientras era conducido por el carril rápido a una velocidad de 118 km./h, a la altura del km. 159 de la Autopista Rosario - Bs. As, lo

que ocasionó que redujera su velocidad y comenzase a ahogarse, mientras sonaban distintas alarmas de advertencia, apareciendo todo tipo de carteles de fallas y humo blanco saliendo del motor. Afirmaron que, con motivo de dichas anomalías, el mencionado vehículo debió ser acarreado e ingresó al taller de la concesionaria “Automóviles San Jorge SA” para su reparación el 01/03/2017.

Manifestaron que el vehículo les fue devuelto el día 03/03/2017, oportunidad en la que les informaron que el cable de la fusilera principal estaba mal apretado y que, por esa razón, se habían producido las fallas eléctricas que indicaban “Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico”, “Fallo 4wd: Contacte servicio técnico”. Adujeron que, conforme surgía de la orden de reparación N° 700015810 y de la liquidación de servicios N° 0107-00000488 del 03/03/2017, la concesionaria les informó que el rodado se encontraba supuestamente reparado.

Pusieron de resalto que, a los pocos días de haber retirado el rodado de la concesionaria, intentaron retomar las vacaciones que se habían visto frustradas, emprendiendo un nuevo viaje junto al grupo familiar hacia la Ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, pero que al encender el rodado comenzaron a producirse nuevas fallas eléctricas, volviendo a aparecer en el visor desperfectos similares a los evidenciados anteriormente, como ser: “Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico”, debiendo cancelar, una vez más su viaje, ingresando nuevamente el automóvil para reparación en el taller de “Automóviles San Jorge SA”, en fecha 13/03/2017, siéndoles entregado el 14/03/2017.

Señalaron que el día 17/03/2017 apareció otra falla eléctrica en la computadora de abordaje, que indicaba una vez más “Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico” pero, en esta ocasión, frente a la conducta evasiva y poco cordial de la concesionaria codemandada, y siendo recurrente la aparición de desperfectos, contrataron los servicios de un escribano público a fin de que dejase constancia de las fallas que continuaban apareciendo en el visor del tablero. Destacaron que, en el acta de constatación labrada con fecha 17/03/2017, el notario detalló las anomalías que presentaba el rodado.

Alegaron entonces que la camioneta debió ingresar nuevamente al taller de la concesionaria el 20/03/2017, con 1183 km., tal como se desprendía de la orden de reparación N° 700015995, en la que se describió como inconveniente que se visualizaba en el tablero el mensaje de alerta “Fallo sistema esc”.

Enunciaron que se comunicaron telefónicamente con el jefe del taller de “Automóviles San Jorge SA”, quien les informó que se había abierto un expediente

en “General Motors de Argentina S.R.L” para analizar la falla.

Sostuvieron que el día 23/03/2017 el jefe de taller les informó que en la concesionaria habían tres (3) camionetas Chevrolet Trailblazer 0 km. que tenían en el depósito, con los iguales desperfectos.

Detallaron las comunicaciones telefónicas que debieron realizar a fin de reclamar que se brindase solución a lo acontecido; agregando que el 29/03/2017 les comunicaron que la falla evidenciada era algo característico de la camioneta y que se apagaba a los pocos segundos de ser encendida.

Indicaron que, frente a la falta de solución, remitieron con fecha 05/04/2017, la primera carta documento a la concesionaria accionada y que, a raíz de ello, fueron contactados por el gerente de post-venta, sin haber recibido una respuesta satisfactoria, por lo que el 20/04/2017 enviaron una segunda misiva.

Expresaron que el 21/04/2017 recibieron una carta documento de parte de “Automóviles San Jorge SA”, en la que desconoció los desperfectos alegados, indicando que su parte se negaba a retirar la unidad.

Sostuvieron que el 26/04/2017 se presentaron en el taller a fin de retirar el vehículo acompañados del escribano público, quien constató la persistencia de la falla invocada.

Hicieron referencia al derecho aplicable al caso y a los rubros indemnizatorios reclamados, a saber: i) “daños patrimoniales”, por la suma de \$1.085.498,40 (comprensiva del costo del rodado Chevrolet Trailblazer, modelo 2017; gastos de alistamiento, flete, formularios, etc.; pago de la declaración jurada de patentes; gasto de remolque; gasto por colocación de alarma y tuercas de seguridad; gastos de seguro y de cochera; gastos de laminado de seguridad y de grabado de autopartes), ii) “daño moral”, por el importe de \$200.000 y; iii) “daño punitivo”, por la suma que correspondiese a ambas codemandadas.

2) Corrido el pertinente traslado de ley, compareció al juicio —por intermedio de apoderado— la codemandada “General Motors de Argentina SRL”, quien contestó la acción incoada, solicitando el rechazo de ésta, con costas a cargo de los actores (véanse fs. 134/155).

Liminarmente, efectuó una negativa general y por menorizada de los hechos invocados por los accionantes, así como de la documentación acompañada que no hubiesen sido objeto de expreso reconocimiento en el responde.

Sostuvo que, si bien los pretensores invocaron la presencia de defectos de fabricación en el rodado de marras, de las órdenes de reparación nros. 70015910, 70015926 y 70075995 surgía lo contrario. Agregó que, en efecto, tales instrumentos evidenciaban —por un lado— que el vehículo no presentaba defectos de fabricación y —por otro lado— que todas las revisiones y/o reparaciones fueron realizadas por “Automóviles San Jorge SA” en el marco de la garantía de fábrica otorgada por su parte “General Motors de Argentina SRL”, sin costo alguno para los reclamantes.

Señaló que el mensaje “Falla sistema esc” se producía por la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de abordo, el que desaparecía a los dos segundos, indicando que dicha demora no representaba un defecto, falla o vicio de fabricación del vehículo.

Destacó que el rodado fue sometido a una prueba dinámica en la calle, que dio resultado positivo; agregando que, una vez que se verificó que el desperfecto que presentó el rodado había sido restaurado satisfactoriamente, “Automóviles San Jorge SA” lo entregó a los actores debidamente reparado.

Adujo haber cumplido cabalmente con los términos de la garantía a su cargo.

Manifestó que la concesionaria es una entidad jurídica (sociedad anónima) y organización comercial autónoma, independiente y distinta de la concedente “General Motors de Argentina SRL”, que tiene autonomía en la dirección de sus negocios y actúa por su nombre, cuenta y riesgo, no detentando mandato ni representación de la concedente. Afirmó que no existe relación de dependencia alguna de la concesionaria respecto de su parte.

Expuso que la responsabilidad de su parte se circunscribe entonces a la venta de automotores a la concesionaria, la entrega de la unidad y de los respectivos certificados de importación y exportación, por lo que no podía atribuírsele responsabilidad alguna por la sujeta reparación.

Hizo hincapié en que, en el hipotético caso en que los hechos hubiesen tenido lugar del modo expuesto por los actores, dicha responsabilidad resultaba imputable exclusivamente a la concesionaria, por cuanto su parte no intervino de modo alguno en la reparación del vehículo, ni tuvo trato con los actores; añadiendo que las reparaciones fueron encargadas por estos últimos a “Automóviles San Jorge SA” y no a su parte.

Concluyó en que el vehículo no presentaba defectos de fabricación, que las reparaciones fueron realizadas exclusivamente por “Automóviles San Jorge SA”, en for-

ma satisfactoria y en el marco de la garantía legal otorgada por “General Motors de Argentina SRL”, sin costo alguno para los actores, añadiendo que el rodado se encontraba en perfectas condiciones de uso.

Consideró que no resultaba aplicable al *sub lite* lo establecido en el art. 17 de la Ley de Defensa al Consumidor (LDC).

Impugnó la procedencia de cada uno de los rubros indemnizatorios pretendidos.

En subsidio, para el caso que la actora desistiese de la acción contra “Automóviles San Jorge SA”, solicitó la citación como tercero de esta última, en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

3) A su turno, a fs. 157/183 vta. compareció también al juicio “Automóviles San Jorge SA”, quien contestó el traslado de la acción, postulando su rechazo, con costas a la contraria.

En primer lugar, negó todos y cada uno de los hechos invocados en la demanda, así como la documentación acompañada por los accionantes que no hubiesen sido expresamente reconocidos en el respondeo.

Relató que es una sociedad anónima que desempeña su actividad comercial como concesionaria oficial de la marca Chevrolet, contando con varios puntos de venta o sucursales destinados a la venta de automóviles 0 km. a través del sistema de venta convencional y/o de planes de ahorro y automóviles usados, además de talleres altamente especializados para la prestación del servicio post-venta para los vehículos de la marca.

Adujo que el rodado fue adquirido por los actores el 08/02/2017, habiendo sido abonado el precio y la totalidad de los gastos de patentamiento.

Apuntó que en los tres (3) ingresos que tuvo el automotor al taller de su parte, los inconvenientes fueron debidamente reparados, lo que demostraba que los trabajos fueron adecuados y que se solucionaron los desperfectos que tenía.

Indicó que no existía inconveniente alguno que lo hiciera el rodado impropio para su destino y/o que impidiese a los actores poder utilizarlo normalmente; prueba de ello era la cantidad de kilómetros que ha recorrido, ya que fue realizado el servicio de los 10.000 km en una concesionaria oficial.

Impugnó, por último, la viabilidad de los rubros indemnizatorios reclamados por los actores.

4) Integrada la litis de ese modo y producida la prueba de que da cuenta la certificación actuarial de fecha 16/09/2020, se pusieron los autos para alegar, habien-

do hecho uso de tal derecho, tanto la parte actora (el 24/02/2021) como la codemandada “General Motors de Argentina SRL” (el 15/03/2021), dictándose —finalmente— sentencia definitiva en fecha 31/05/2021 (en formato digital).

La Sra. Fiscal interviniente presentó su dictamen el día 23/04/2021.

II. La sentencia apelada.

En el fallo apelado, la Señora Juez de grado decidió hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por Alejandro Luis Lenarduzzi y María Soledad del Carmen Leivas, condenando: 1) “General Motors de Argentina SRL” y “Automóviles San Jorge SA” a abonar solidariamente a los actores, dentro de los cinco (5) días en que quedase firme este decisorio, la suma de \$4.979.124,85, previa transmisión de la posesión y el dominio del vehículo dominio ...; 2) a “General Motors de Argentina SRL” y a abonar a los coactores la suma de \$100.000 cada uno, en concepto de resarcimiento por el “daño moral” padecido, con más sus respectivos intereses. Rechazó, por su lado, la indemnización por “daño punitivo” e impuso las costas a cargo de las codemandadas en su condición de vencidas en la contienda.

La magistrada *a quo* consideró, en primer lugar, que resulta de aplicación al caso la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), afirmando que la actora debe ser considerada un consumidor, mientras que ambas demandadas son proveedoras en los términos del art. 2 de la mencionada norma, por cuanto desarrollan de manera profesional actividades de producción, montaje, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores.

Refirió que correspondía analizar si el vehículo presentó o presenta desperfectos de fabricación y, en consecuencia, si alguna responsabilidad le cabe a las accionadas por los infortunios relatados en el escrito inicial y, en su caso, la indemnización correspondiente.

Expresó que las constancias obrantes a fs. 24/32 daban cuenta que el vehículo de los actores ingresó al taller de la concesionaria oficial en tres (3) oportunidades, los días 01/03/2017; 13/03/2017 y 20/03/2017, tal como surgía de las tres órdenes de reparación acompañadas a autos.

Resaltó que la orden de servicio N° 700015995 del 20/03/2017 daba cuenta de la “Falla del sistema esc” y que, al retirar el vehículo fue consignada en la referida orden que, realizados los controles pertinentes, y luego de efectuados testeos en taller y probada en calle, la unidad no manifestó falla alguna.

Puso de resalto que, en esa ocasión, el automóvil permaneció en la concesionaria oficial hasta el día 26/04/2017, oportunidad en que Lenarduzzi se presentó acompañado por escribano, quien dejó constancia de dos fotografías que daban cuenta de la persistencia de la falla en el tablero del vehículo y de la orden de reparación entregada al requirente, en la que Lenarduzzi dejó asentada la siguiente leyenda “Dejo constancia que al retirar la camioneta la falla que informa “Falla sistema ESC...” se continúa evidenciando, que al momento de dar contacto de encendido la misma sigue apareciendo” (v. fs. 87/89 y ratificación de fs. 255/265). Añadió la juzgadora que mientras el vehículo permaneció —con motivo del tercer ingreso— en el taller de “Automóviles San Jorge SA”, los actores se contactaron en varias oportunidades con la concesionaria, lo que fue corroborado por el ingeniero en telecomunicaciones en su pericia.

Consideró la *a quo* que el actor no quedó satisfecho con la reparación efectuada, por lo que dejó asentado que la denominada “Falla de sistema ESC” persistía; situación ésta que fue ratificada por el perito ingeniero mecánico designado de oficio, quien presentó su informe a fs. 356/368. Señaló que, conforme afirmó el experto, encontrándose el vehículo estacionado, con el motor en frío y caliente, procedió a ponerlo en marcha con la llave en el interruptor de ignición (caja de cambios en parking) y en todas las oportunidades en el visor de la pantalla (centro de información del conductor-DIC) apareció un mensaje que decía “Fallo sistema esc. Contacte servicio técnico”.

Aseveró que —por su lado— los testigos S. y A. —dependientes de la concesionaria— indicaron que la aparición de la mencionada leyenda obedecía a las características propias del vehículo y agregaron que fueron al depósito “...se probaron todas las unidades que estaban en stock y todas hicieron lo mismo...” Afirmó que, según los testigos, que “si se le da arranque sin esperar el tiempo, no aparece la leyenda porque el módulo está energizado”, en cambio “aparece cuando uno llega, abre la puerta, espera unos 30 segundos que se desenergise el sistema y le da arranque. Y al darle arranque aparece hasta que se vuelve a energizar el módulo, aproximadamente 2 segundos”.

Expresó la *a quo* que, en similares términos, el perito actuante informó que luego de aparecer la leyenda indicada, relacionada con la “Falla del sistema esc”, ésta desaparecía entre los dos (2) y cinco (5) segundos aproximadamente.

Resaltó que, según el perito ingeniero, no podía asegurar que al apagarse esta señal perduraran en el vehículo condiciones que lo hicieran peligroso para su uso.

Sostuvo la *a quo* que no desconocía que el informe técnico fue impugnado, sin embargo, esas manifestaciones no encontraban respaldo en prueba alguna, siendo un mero relato unilateral de las partes expresando desacuerdo, que no lograba menoscabar la opinión del experto designado en autos.

Argumentó que, de acuerdo a lo alegado en el escrito de inicio y conforme la prueba producida, el vehículo presentaba al tiempo de su compra desperfectos o imperfecciones que daban cuenta de la falta de calidad que ofrecía la terminal y el vendedor, lo que quedaba reflejado con los tres (3) ingresos al taller en menos de dos (2) meses de adquirido; agregando que esa circunstancia claramente no era habitual, impidiendo el normal uso del rodado para el fin que fue fabricado y echando por tierra las expectativas de los adquirentes.

Adujo no desconocer, en sintonía con lo expresado por las demandadas, que las reparaciones en el vehículo de los actores se efectuaron en el marco de la garantía de fábrica otorgada por "GMA" y sin costo para los clientes: circunstancia ésta que no hacía más que poner de manifiesto que si al vehículo se le efectuaron reparaciones en virtud de la garantía en tres ocasiones, en menos de dos meses de adquirido, era porque aquél no funcionaba correctamente, y esto no podía oponerse al consumidor.

Consideró que, en consecuencia, cabía determinar que se produjo una vulneración en los derechos de los actores, en su carácter de consumidores; agregando que, conforme los principios contenidos en la ley 24.240, debía estarse siempre a favor del consumidor en la interpretación del caso; a lo que se sumaba que no se acreditó que hubiera mediado caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva e inexcusable de la víctima o culpa de un tercero por quien no debían responder.

Concluyó en que las codemandadas resultaban solidaria y objetivamente responsables por los perjuicios que pudieron generarle a los actores; por cuanto una adecuada hermenéutica de la Ley de Defensa del Consumidor habilita a responsabilizar a todas aquellas personas físicas o jurídicas que han participado en la concepción, creación y prestación del servicio, y no solo a quien lo provee en forma directa (ver arts. 11 y 13 de la LDC).

Dejó sentado la magistrada que el fabricante debe responder, no sólo por haber garantizado en forma propia el correcto funcionamiento del vehículo por un plazo de 36 meses o 100.000 km (ver certificado de garantía en copia a fs. 216/217 vta.), sino también por la elección del servicio técnico y por ser el proveedor de los repuestos, toda vez que es éste quien informa cuáles son los talleres autorizados y deja constancia

que, en caso de necesidad, el usuario deberá llamar a aquéllos especializados, que aunque no pueden ser calificados como económicamente dependientes del fabricante, sí lo son técnicamente.

Arguyó que, desde su perspectiva, "Automóviles San Jorge SA" debe responder por ser el taller oficial que llevó adelante los infructuosos intentos por reparar los desperfectos presentes en la unidad adquirida por los actores; máxime cuando la existencia de una red de concesionarios oficiales y talleres homologados genera expectativas en los consumidores, quienes pueden suponer razonablemente que, al solicitar la reparación de una unidad de la marca a alguno de los integrantes del sistema, están contratando con una entidad de probada profesionalidad y solvencia por la mera pertenencia a dicha red; por lo que el usuario legítimamente puede creer que el fabricante avala su seriedad y, por ende, controla su accionar al designarlo como servicio técnico oficial. Señaló la jueza que el fabricante y servicio técnico asumen la obligación de resultado de tipo objetivo y deben responder como deudores de esa prestación.

Enunció entonces la *a quo* que, confirmada la existencia de los desperfectos, así como la responsabilidad de cada una de las demandadas, correspondía a continuación ingresar en el análisis de los distintos rubros indemnizatorios solicitados; resultando de aplicación lo previsto en el art. 17 de la LDC, en cuanto habilita a reclamar al consumidor siempre que "...la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada...".

Enfatizó que, de la forma en que fue planteada la demanda, surgía que los actores reclamaron los montos correspondientes al costo del vehículo y las erogaciones efectuadas a raíz de la adquisición y posterior privación de uso acontecida, con motivo de los reiterados e infructuosos ingresos al taller; por lo que resultaba operante lo preceptuado en el art. 17, inciso b, en cuanto habilita al consumidor a "Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales...".

Mencionó que la redacción de la norma indica que el precio debe ser "actual en plaza de la cosa", por lo que debe ser actualizado "al momento de devolverse" el importe, pero conforme el decreto N° 1798/1994, en la devolución del precio se deberá contemplar el período de uso y el estado general de la cosa que se restituye al garante, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele. Entendió que los requerimientos

contenidos en la norma resultaban injustos, pues las reparaciones no se debían a ningún hecho del consumidor, sino a vicios de la cosa, por lo que si se devolvía un menor precio, se estaría indirectamente responsabilizando al consumidor por sus defectos; aclarando que lo que si debía evaluarse a la hora de reintegrar el precio pagado por la cosa era el período de uso dado a la misma (en el caso, conforme lo manifestado por los actores en oportunidad de alegar, el vehículo llevaba transitados 48.500 km).

Afirmó que, en la actualidad, el monto de \$1.085.498,40 pretendido por los actores en concepto de “daños patrimoniales”, —aun cuando se le adicionasen los intereses conforme la tasa activa del Banco Nación que se utiliza en el fuero— no lograba alcanzar siquiera al valor que actualmente ostentaba el vehículo, aun considerando el kilometraje recorrido y la falla que evidencia.

Estimó que, a fin de no generar un desequilibrio económico en detrimento de los consumidores, en atención a las características del caso, resultaba procedente conceder a los actores el precio equivalente a una unidad nueva, de la misma marca y modelo; por lo que se apreciaba razonable disponer la aplicación del art. 17, inc. d, de la LDC y en consecuencia, de acuerdo con un criterio de estimación prudencial del daño (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), establecer una reparación integral por el reclamo efectuado, en la suma de \$4.979.124,85 (tomándose como referencia el valor en plaza que tenía publicado “Automóviles San Jorge SA” y que se adjuntó a la sentencia, disminuido en un 15 %).

Aclaró la magistrada que no correspondía el cómputo de intereses sobre la suma de dinero a reintegrar, dado que la ley no confería al consumidor adquirente la restitución de lo que pagó, sino la que fuese representativa del precio actual del automotor en plaza de la cosa que restituía, lo que significaba que para la ley era la forma de restablecer la situación patrimonial del pretensor, sin perjuicio de los daños a cuyo reclamo se encontraba habilitado. Añadió que ello así, sin perjuicio de la readequación del importe a restituir, en caso de que el precio del vehículo 0 km. hubiera sufrido modificaciones al momento del efectivo cumplimiento de la condena, y previa transmisión de la posesión y el dominio del vehículo todo terreno marca Chevrolet modelo Trailblazer 2.8 CTDI 4x4 LTZ A/T, dominio ..., año 2017.

En cuanto al resarcimiento del “daño moral”, la magistrada *a quo* consideró que, de las constancias de la causa, surgía que fue debidamente acreditada la existencia del perjuicio moral ocasionado a los actores por parte de la empresa fabricante del automóvil, en tanto los padecimientos ocurrieron como consecuencia de

las fallas de fabricación de la unidad. Concluyó, entonces, en que el episodio de autos provocó en Alejandro Luis Lenarduzzi y María Soledad del Carmen Leivas un sufrimiento espiritual susceptible de justificar la procedencia de la indemnización que reclamaron; por lo que, en uso de las facultades que le fueron otorgadas por el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el resarcimiento por este concepto debía ascender a \$100.000, para cada uno de los actores, cantidad que se apreciaba prudente y adecuada a las circunstancias del caso; sumas éstas que devengarían intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta (30) días, desde la fecha de mora —16/02/2017— y hasta su efectivo pago.

Con relación al “daño punitivo”, estimó la juzgadora que la conducta evidenciada por las demandadas no era pasible de aplicación de la multa civil pretendida, al no haberse demostrado que éstas hubieran obrado con dolo o con grave negligencia o despreocupación con la entidad propia de la culpa grave; importando el accionar antijurídico un negligente incumplimiento, como consecuencia de lo cual recibieron una sanción derivada de la obligación indemnizatoria a la que se las condenaba.

III. Los recursos.

1) Contra dicho pronunciamiento se alzaron por vía de apelación tanto la parte actora, como las codemandadas “General Motors de Argentina SRL” y “Automóviles San Jorge SA”, quienes fundaron sus recursos en fs. 439/448, 450/457 y 459/464, respectivamente. Los actores contestaron los memoriales presentados por “General Motors de Argentina SRL” el 19/08/2021 y por “Automóviles San Jorge SRL” el 27/08/2021.

a) La parte actora se agravió de que la Señora Jueza de grado:

i) haya determinado la devolución del rodado contra el valor en plaza del mismo en calidad de 0 km, pero reducido en un 15 %. Añadió la quejosa que esa reducción porcentual resultaba improcedente, máxime cuando lo adquirido oportunamente por su parte fue un rodado 0 km.

ii) haya desestimado la multa civil —“daño punitivo”— impetrada por su parte, pese a las pruebas habidas en la causa, que daban cuenta del obrar antijurídico de la contraria.

iii) haya concedido un monto exiguo en concepto de “daño moral”, el que debía ser incrementado, teniendo presente los antecedentes ventilados en el proceso.

Manifestaron que debía ponderarse a este respecto el “daño moral” ocasionado a su parte por el accionar de las demandadas, incrementado por la posterior conducta incumplidora de éstas, debiendo tenerse presente que la *a quo* condenó al resarcimiento de este rubro sólo a la accionada “General Motors de Argentina SRL”, cuando con posterioridad a la venta de la camioneta fue la concesionaria accionada la que proporcionó el destrato, las mentiras y ocultamiento de las averías, que incrementaron las angustias de los actores, en cada ocasión en la que el vehículo ingresó al servicio técnico para su reparación.

b) De su lado, la codemandada “General Motors de Argentina SRL” se agravió porque:

i) se condenó a su parte y a la concesionaria codeemandada en forma solidaria a restituir el precio abonado en los términos del art. 17, inc. B de la ley 24.240, pese a no haberse demostrado la relación causal entre la advertencia que aparecía en el tablero del vehículo y la existencia de una falla efectiva.

ii) siendo que el estado general del vehículo de los actores es bueno, que a diciembre de 2020 llevaba recorrido más de 50.000 km y que el modelo es del año 2017, la condena a abonar el valor de un vehículo 0 km con una disminución en su valor del 15 %, configuraba un enriquecimiento sin causa a favor de los actores, lo que de modo alguno era admisible.

iii) se condenó a su parte a abonar resarcimiento por “daño moral”, pese a que el incumplimiento culpable en materia contractual no constituye, por sí mismo, una presunción de daño a favor del acreedor. Se agravió —asimismo— del quantum otorgado por este rubro por considerarlo excesivo, así como por la imposición de intereses a partir de la fecha de compra del vehículo.

iv) al haber existido vencimientos parciales, recíprocos y mutuos, correspondía disponer la distribución de costas entre los intervinientes del pleito (arg. art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

c) Finalmente, la codemandada “Automóviles San Jorge SA” se quejó de que la Señora Jueza *a quo*:

i) no haya tenido presente que, conforme surgía de la prueba producida en la causa, la leyenda que aparecía en el tablero del automóvil no configuraba una falla per se, sino una característica de fábrica de este tipo de vehículo.

ii) no haya evaluado que el hecho de que el perito mecánico hubiese omitido realizar una prueba dinámica, perjudicó a su parte, ya que sólo de ese modo hubiese sido posible probar el funcionamiento correcto o incorrecto del sistema esc.

iii) haya otorgado una suma indemnizatoria desproporcionada, al asignarles a los actores la suma equivalente al valor de un automóvil 0 km. menos la depreciación del 15 % de su valor de mercado, considerando la mínima entidad de la falla endilgada por la contraria.

iv) haya reconocido el resarcimiento del “daño moral”, pese a que dicho rubro no correspondía, más aún cuando los actores pudieron utilizar su vehículo normalmente. Se quejó —además— del quantum otorgado por este ítem por considerarlo desproporcionado.

A fs. 484/487 la Sra. Fiscal General ante esta Cámara presentó dictamen, a cuyos argumentos cabe remitirse *brevitatis causae*.

IV. La solución.

1°) El *thema decidendum*.

Delineado del modo precedentemente expuesto el cuadro de situación de la controversia a la luz de los distintos agravios planteados por los recurrentes, el *thema decidendum* en esta Alzada reside en dilucidar si resultó acertada la decisión de la Señora Jueza de grado de condenar a las codemandadas “General Motors de Argentina SRL” y “Automóviles San Jorge SA” al resarcimiento de daños y perjuicios en favor de los actores, por considerarlas solidariamente responsables por los desperfectos/ fallas de fabricación detectados en la camioneta 0 km. comprada por los pretensores en la concesionaria oficial de la fabricante “GMA”, o si —por el contrario—, tal como sostienen las accionadas, dicha responsabilidad resulta inexistente, al tratarse, los presuntos defectos invocados, de una característica de fábrica de este tipo de vehículo, a lo que se adiciona que el hecho de que aparezca el mensaje “fallo sistema esc” en el visor del tablero, no importaba per se una falla o vicio de fabricación, sino que se producía por la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de abordó al encender el motor.

Una vez esclarecido ello, y solo en el caso de confirmarse lo atinente a la responsabilidad atribuida a las demandadas, corresponderá pasar a examinar la suerte de la procedencia y quantum que cabe conferir a los rubros indemnizatorios “daño patrimonial” y “daño moral” otorgados por la anterior juzgadora, como así también lo concerniente a la pertinencia de la multa reclamada en concepto de “daño punitivo”, ítem —este último— cuya desestimación por la magistrada *a quo* fuera materia de agravio por parte de los accionantes.

Finalmente, restará analizar la queja relativa a la forma de imposición de costas del proceso, pues sobre tal cuestión también medió recurso en el *sub examine*.

Al estudio de todas estas cuestiones corresponde —entonces— pasar a abocarse seguidamente.

2°) El marco normativo aplicable al caso.

2.1.- No se halla en discusión que los actores adquirieron un vehículo 0 km. marca Chevrolet, modelo Trailblazer 2.8 CTDI 4x4 LTZ A/T, dominio ..., año 2017, a través de la concesionaria oficial de “General Motors de Argentina SRL”, “Automóviles San Jorge SA”, cuya entrega se efectivizó el día 16/02/2017.

Tampoco se encuentra controvertido que el mencionado rodado debió ingresar al taller de la concesionaria oficial en tres (3) ocasiones para su reparación, en menos de mes y una semana de adquirido, en las fechas 01/03/2017, 13/03/2017 y 20/03/2017.

No está —tampoco— en controversia que las reparaciones fueron realizadas por la concesionaria oficial “Automóviles San Jorge SA”, en el marco de la garantía de fábrica otorgada por “GMA”, que se encontraba vigente, sin costo alguno para los actores.

Sin embargo, sí constituyó materia de cuestionamiento lo atinente a la existencia, o no, de la falla y/o defecto de fabricación de la camioneta Chevrolet modelo Trailblazer 2.8 4x4, del año 2017, objeto de la litis.

En efecto, mientras los reclamantes invocaron, por su lado, que el mensaje de peligro “fallo sistema esc: contacte al servicio técnico” que aparecía y continuaba apareciendo constantemente en el visor del tablero al encender el motor de la camioneta de alta gama 0 km. adquirida por aquéllos, constituye una grave falla y/o desperfecto eléctrico de fabricación del rodado que afectaría su normal funcionamiento; las codemandadas postularon, por otro lado, que el cartel indicativo de referencia no representa falla o vicio alguno de fabricación, sino que es una advertencia que se produce por la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de a bordo, la cual desaparece a los pocos segundos de encendido (véanse fs. 147 y 150 de la contestación de demanda de “GMA” y fs. 175 vta. del responde de “Automóviles San Jorge SA”), siendo una característica de este tipo de vehículo (véase fs. 463 vta. del memorial de la concesionaria codemandada).

2.2.- En ese marco fáctico, cabe recordar que, en el *sub lite*, la parte actora adquirió el rodado en forma personal a fin de utilizarlo para el traslado de su grupo familiar.

En ese orden de ideas, cuadra calificar a los actores como “consumidores” en los términos del art. 1 de la ley 24.240 y el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, toda vez que resulta evidente que éstos adquirieron el mencionado bien como destinatarios finales, es

decir, los accionantes retiraron el bien y/o producto del mercado y lo sustrajeron de la cadena de valor, al darle un destino final personal; por lo que cabe razonablemente encuadrar a aquéllos —tal como lo señalara la magistrada *a quo*— como “consumidor” en los términos de la normativa consumeril.

Desde tal perspectiva, los derechos de los consumidores y usuarios gozan de garantía en nuestra Constitución Nacional, la que en su art. 42 dispone que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su(s) (...) intereses económicos (...) y a condiciones de trato equitativo y digno”.

El derecho a la protección de los intereses económicos está estrechamente ligado a la pretensión de calidad de los productos y servicios y a la vigencia de una auténtica justicia contractual, así como a un sistema de compensación efectiva en materia de reparación de daños (cfr. Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales. Parte General”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. I, p. 244).

Ello así, pues, la protección de los intereses económicos de los consumidores exige una garantía de la adecuación e inocuidad de los productos. Se pretende que cumplan con standards de calidad que los hagan aptos para satisfacer la finalidad a la que están destinados. En esa línea, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor exigen que los productos cumplan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad (art. 16) (cfr. Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales. Parte General”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. II, p. 281).

Ahora bien, las adquisiciones de cosas, bienes o servicios para uso personal o familiar, que tienen como destino una utilización que agota la circulación de la prestación objeto de la adquisición —como en un destino final—, dan origen a lo que podemos denominar genéricamente como relaciones de consumo. Éstas no parecerían necesitar, en principio, de un derecho especial al margen de las previsiones civiles o comerciales propias del derecho de compraventa o de la prestación de que se trate; sin embargo, dado su carácter menor, esas relaciones han evidenciado un dispar poder negociador efectivo, como consecuencia de la incidencia del desigual poder económico, en términos reales, entre proveedores y consumidores y es así que aparece como una constante en la descripción de estas relaciones la contraposición entre un contrayente de situación económica dominante y un contrayente en posición de sujeción (véase Uzal, María Elsa, “La protección al consumidor en el ámbito internacional: La ley aplicable y la jurisdicción competente”, publicado en “Relaciones de Consumo, Derecho y Economía”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. I, ps. 169/170; idem, esta CNCom.,

esta Sala A, 30/08/2011, *in re* “Rodríguez, Marcelo A. c. Fiat Auto Argentina SA y otro s/ ordinario”).

Este fenómeno social ha conducido a la generación de una nueva categoría de relaciones jurídicas dentro de las cuales emerge como caracterizante el elemento personal, dado por la existencia de un sujeto vulnerable —el consumidor— como parte típicamente débil en la relación negocial y cuya protección resulta justificada, en la medida en que se convierte en el objetivo final y funcional de ese *ius mercatorum* especial, al que se denomina derecho del consumidor. En ese marco, resulta indudable la aplicabilidad de la LDC, en tanto norma coactiva de orden público interno (art. 65) o norma con soluciones especiales, en aquellos supuestos en los cuales se encuentran configurados los requisitos legalmente previstos; en otros términos, en aquellos supuestos en que queda evidenciada una relación jurídica que tiene como causa-fin el consumo (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 19/12/2018, *in re* “Saravia, Gonzalo J. c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ ordinario”; *idem*, 30/08/2011, *in re* “Rodríguez, Marcelo A. c. Fiat Auto Argentina SA y otro...”, *cit. supra*).

La LDC prevé un régimen de garantía legal obligatoria, con una vigencia mínima de tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y de seis (6) meses en el resto de los casos (art. 11), siendo solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de dicha garantía legal los productores, importadores, distribuidores y vendedores (art. 13).

Cuando los empresarios optan por otorgar una garantía expresa, voluntaria, por un lapso más prolongado que el legal —como aconteció en la especie—, quedan sometidos a las demás reglas de los artículos 11 a 18 LDC, que imponen —entre otras— las siguientes exigencias: (a.) asegurar un servicio técnico adecuado y suministro de repuestos; (b.) contenidos mínimos del certificado de garantía (identificación, indicaciones, condiciones de la reparación, etc.); (c.) obligaciones del responsable de la garantía (notificación al fabricante, traslado de la cosa, entrega de constancias de la reparación, etc.); (d.) prolongación del plazo de garantía durante el lapso de reparación (cfr. Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales...”, *op. cit.*, T. II, p. 282).

En efecto, la garantía expedida por “General Motors de Argentina SRL” otorgó para el vehículo Chevrolet Trailblazer una garantía de 36 meses o 100.000 km. (véase certificado de garantía acompañado a fs. 216 y vta. de documentación reservada en sobre grande N° 27919/2017, que en este acto tengo a la vista, como así también punto de pericia 6°, ofrecido por la parte actora, a fs. 361 de la pericia técnica practicada por el ingeniero electromecánico designado de oficio).

Así las cosas, cuadra señalar que los empresarios y proveedores son igualmente responsables por los defectos de los productos, por incumplimiento contractual de los “deberes de seguridad y garantía”, los cuales exigen a aquéllos suministrar los productos en condiciones tales de: a) resultar satisfactorios para el interés del consumidor; b) no producir daños al consumidor, ni en su persona, ni en sus bienes (cfr. Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales...”, *op. cit.*, T. II, p. 283).

El deber de seguridad se encuentra consagrado en los artículos 5° y 6° de la ley 24.240, en tanto que una “obligación tácita de garantía” surge implícitamente de la regla de la buena fe, establecida en los arts. 9, 961 y 1061, Cód. Civ. y Com. de la Nación. La obligación de garantía es una especie de las llamadas “obligaciones de resultado” y por ello su cumplimiento genera una responsabilidad objetiva (cfr. Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales...”, *op. cit.*, T. II, p. 283).

Ante la duda relativa a si la cosa reúne las condiciones óptimas o no, deberá estarse siempre a favor del consumidor, tal como lo determina el art. 37, segundo párrafo, primera parte de la ley (“la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor”), criterio que deberá tomarse atendiendo a las particularidades propias del caso (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 30/08/2011, *in re*: “Rodríguez...”, *cit. ut supra*; en igual sentido, Picasso - Vázquez Freyre, “Ley de Defensa del Consumidor...”, *ob. cit.*, ps. 206/207).

En esa línea, el art. 40 LDC —incorporado por el art. 4° de la ley 24.999— establece que “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”, responsabilidad ésta que es “solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” y en el entendimiento de que “sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. Esta norma abandona el régimen de la responsabilidad basada en la culpa, ya que éste resulta inadecuado y desprotege a la víctima al recaer sobre ella la carga de la prueba, siguiendo de este modo los postulados del nuevo derecho en materia de daños que, con una concepción más solidarista, centra la atención en el daño injustamente sufrido por sobre la conducta del dañador (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 30/06/2010, *in re* “Novoa, Claudia M. c. Taraborelli Automobile SA y otro s/ ordinario”; en igual sentido, Ghersi, Carlos Alberto, “Derechos y Responsabilidades de las Empresas y Consumidores”, la colaboración de Cecilia Weingarten, Ed. Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994, ps. 118/119).

En ese marco, la normativa consumeril imputa al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, así como al transportista. Conforme a la ley, el consumidor puede demandar a todos ellos, ya que la responsabilidad es solidaria, de origen legal y pasiva. Así pues, quien paga puede repetir fundándose en el art. 40 de la 24.240, y cada uno en la relación interna, responderá por la intervención causal que ha tenido (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, segunda edición actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 527).

Establecido el marco normativo aplicable, corresponde determinar si, en la especie, existió la invocada falla de fabricación del automotor y si concurrió el supuesto de “reparación insatisfactoria” —conforme afirman los pretensores—, o bien si la visualización del cartel indicativo de referencia, no constituye una falla o desperfecto de fábrica, sino una característica propia de este tipo de rodado que se produce ante la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de abordo —tal como refieren las accionadas—.

3º) En torno a la responsabilidad atribuida a la fabricante y a la concesionaria oficial vendedora del automotor objeto de la litis.

3.1.- La demanda está fundada en los vicios de fabricación que habría comenzado a evidenciar el vehículo 0 km. con menos de un (1) mes de uso, desperfectos que se habrían manifestado inicialmente el día 28/02/2017, con la aparición de fallas eléctricas, visualizadas a través de la pérdida de fuerza al circular en ruta, aparición de carteles indicativos de advertencia en el tablero del vehículo, humo espeso saliendo del motor y pérdida de gasoil por la tapa del motor; apareciendo nuevas fallas a los pocos días, debiendo ingresar el vehículo a reparación en el taller mecánico de la concesionaria oficial de “GMA”, “Automóviles San Jorge SA”, en tres (3) oportunidades en menos de un mes de adquirido (véase fs. 105 del escrito de demanda).

Las codemandadas “General Motors de Argentina SRL” y “Automóviles San Jorge SA” además de negar categóricamente que las reparaciones no hubiesen sido efectivas, afirmaron que prestaron en forma adecuada el servicio de garantía, añadiendo que el automóvil era apto para su destino (véanse fs. 147 vta./148 vta. y fs. 176, respectivamente).

Tal como se desprende de las tres (3) órdenes de reparación acompañadas por los coactores junto con el escrito inaugural, el vehículo de marras debió ingresar en tres (3) oportunidades al servicio técnico de la concesionaria codemandada para su reparación, en el marco de la garantía otorgada por “GMA”.

De las órdenes de reparación nros. 700015810, 700015926 y 700015995, emerge la existencia de desperfectos de fabricación, en particular, la visualización del mensaje “Fallo sistema esc”, que aparece de manera constante en el visor del tablero del rodado (véanse instrumentos obrantes a fs. 70/1, 73/74 y 79, respectivamente, reservados en el mencionado sobre grande N° 27.919/2017, los que cuentan con membrete de “GMA” y “Automóviles San Jorge SA” en su parte superior, como así también punto de pericia 7º ofrecido por la parte actora, a fs. 361 *in fine* de la pericia técnica, a la que se aludirá infra).

En efecto, de la primera orden de reparación (N° 700015810) emitida el 01/03/2017 se observa: “inconveniente: el motor se quedó sin fuerza al circular en ruta. Sala humo del motor. Cae líquido por la tapa del motor izquierdo”. Asimismo, se desprende lo siguiente: “Diagnóstico: Ajuste y fijación del ramal eléctrico. Control de instalación eléctrica. Traba retorno de sistema de inyección” (véanse piezas de fs. 70/2 de documentación reservada en sobre y 24/27 de la presente causa, así como respuesta a punto pericial iii, propuesto por la parte demandada, a fs. 364).

Conforme señalaron los actores en el escrito inicial, los mencionados defectos se evidenciaron mientras el rodado en cuestión era conducido en plena ruta (km. 159, Autopista Rosario - La Plata), habiendo resultado necesario requerir el auxilio mecánico del servicio de remolque de “Automóvil Club Argentino” para su acarreo al taller de la concesionaria oficial de “GMA” —“Automóviles San Jorge SA”— y su posterior reparación. En efecto, tal circunstancia fue corroborada por “ACA”, mediante informe anejado a fs. 222, el que da cuenta que el día 28/02/2017, se contactó la socia N° 4-2842233/9, María Soledad Leivas, quien solicitó el servicio de auxilio mecánico desde la Ruta 9, acceso a San Pedro, Provincia de Buenos Aires, para remolcar un vehículo marca Chevrolet Blazer, dominio ..., color gris oscuro, con problemas de motor hasta la calle ..., de esta ciudad. Se dejó sentado en dicha contestación de oficio que el servicio se efectuó a través del sistema de postas, cuyo primer tramo se extendió desde San Pedro hasta la Localidad de Lima, Provincia de Buenos Aires y un segundo tramo desde Lima hasta el lugar de destino en la calle ..., de esta ciudad.

De su lado, en cuanto a la segunda orden de reparación N° 700015926 de fecha 13/03/2017 surge que el cliente denunció como “inconvenientes: 1. al arrancar motor se apaga el tablero y pantalla. 2. ‘fallo sistema esc’, ‘fallo de cámara delantera’”. 3. batería en 12.1 volt por la mañana antes de poner en marcha y se resetea constante” (véanse instrumentos de fs. 73/74 de documentación reservada en sobre, fs. 28/32 de estos actuarios y punto pericial iii de fs. 364).

A los pocos días (concretamente el 17/03/2017) y frente a la persistencia de los desperfectos y vicios del rodado, los actores requirieron los servicios de un escribano público a fin de que labrase acta notarial y constataste el estado general del rodado y si éste registraba las fallas mencionadas, por lo que el notario constató que era una camioneta marca Chevrolet modelo Trailblazer, dominio ..., color gris oscuro, que registraba un kilometraje de 1156 km., comprobando que el requirente ingresó, colocó en contacto el rodado y que, prendiéndose la computadora de ésta, en la pantalla observó un cartel que indicaba “Fallo sistema esc. Contacte servicio técnico”, habiéndole comentado el requirente que ese mismo aviso era el que se había observado en ruta, cuando la camioneta debió ser remolcada (véase acta de constatación de fs. 75 y vta., además de las tres fotografías certificadas por el mencionado escribano con fecha 17/03/2017, a fs. 76/78 de documentación reservada, como así también fs. 33/36 de las presentes actuaciones). No se pasa por alto que la referida acta notarial fue corroborada como auténtica por el escribano público interviniente, tal como se desprende de la contestación de oficio que luce agregada a fs. 255/259.

Del mismo modo, la tercera orden de reparación N° 700015995 del 20/03/2017 revela —una vez más— la existencia de la mentada falla (“Fallo sistema esc. Contacte servicio técnico”) en visor del rodado —véase además contestación a punto pericial 7° de fs. 361 y punto iii) de fs. 364/365 de la pericia técnica—.

Es de señalar que en este último ingreso a taller, el rodado permaneció en la concesionaria oficial de “Automóviles San Jorge SA” hasta el 26/04/2017 —es decir, más de un (1) mes—, día en el que el coactor Lenarduzzi se presentó con el escribano público actuante, quien constató nuevamente la subsistencia de la falla en el tablero del automotor, a través de la certificación de dos (2) fotografías tomadas ese mismo día, que se adjuntaron al acta notarial labrada a tales efectos, manifestando que aquéllas eran “fiel reflejo del mensaje de fallo que presenta el vehículo tipo camioneta marca Chevrolet modelo Trailblazer dominio ... y la nota de orden de reparación entregada al adquirente” (véanse acta de fs. 89, junto a fotografías de fs. 87/88 de documentación reservada, así como 47/49 de esta causa).

Notese, en tal sentido, que en la fotografía anejada a fs. 88 a que se hace referencia —reservada en sobre— Lenarduzzi dejó constancia de manera manuscrita que “al retirar la camioneta la falla que informa ‘fallo sistema esc...’ se continúa evidenciando” y “que al momento de dar contacto de encendido la misma sigue apareciendo”, firmando —finalmente— al pie de su puño y letra.

Lo precedentemente expuesto se halla corroborado con lo que surge de la pericia técnica practicada por el perito ingeniero electromecánico designado de oficio, quien concluyó en que se verificaron los defectos de fabricación emergentes de las órdenes de reparación referenciadas supra.

En efecto, el experto explicó que “con el vehículo estacionado, con el motor frío y en caliente, se procedió en varias oportunidades (8) a poner el motor en marcha con la llave en el interruptor de ignición (caja de cambios en parking)” y “en todas las oportunidades en el visor de la pantalla (Centro de Información del conductor - DIC) aparece un mensaje que dice ‘Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico’ (véanse respuestas a punto de pericia 1° de fs. 356/357, 3° de fs. 359). Afirmó que luego de aparecer la leyenda indicada relacionada con “Fallo sistema esc: Contacte Servicio Técnico”, ésta desaparece entre los 2 y 5 segundos aproximadamente y es reemplazada por otra leyenda: 0 km/hora u otra leyenda de acuerdo a la información que el sistema suministra (véase punto pericial vi, de fs. 363 bis).

Puntualmente, enfatizó el perito ingeniero que “la falla eléctrica que presenta es la que refleja en el visor del Centro de Información del Conductor - DIC, que al poner el motor en marcha con la llave en el interruptor de ignición, en todas las oportunidades aparece un mensaje que dice ‘Fallo Sistema Esc: Contacte servicio técnico’” (véase contestación a punto ii, proporcionado por la parte demandada, a fs. 363).

Asimismo —asimismo— el experto que “las fallas y anomalías que habrían ocurrido el 28/02/2017 y que aparecerían en el visor del Centro de Información del conductor - DIC no serían normales para un vehículo automotor y la seguridad de los ocupantes, y deberían estar lejos de poder considerarse habituales”. Añadió, a este respecto, que en el caso actual la aparición del mensaje cuando se produce la ignición del motor “fallo sistema esc: contacte servicio técnico” no debería ser normal aunque se observa habitual (véase respuesta a punto pericial 3° de fs. 360).

En ese marco, al preguntársele cuál es la función del sistema de estabilización del vehículo, el experto respondió que, según el Manual del Propietario editado por el fabricante, el control de estabilidad electrónica “Esc” mejora la estabilidad de conducción cuando se necesita, sin importar el tipo de superficie de la carretera o la adherencia de los neumáticos. Explicó también que este control de estabilidad (esc) evita que las ruedas impulsoras patinen y que tan pronto como el vehículo empieza a desviarse (subviraje/sobreviraje), la potencia del motor se reduce y las ruedas se frenan en forma individual, lo que mejora considerablemente la estabilidad de conducción del vehículo sobre superficies de caminos resbalosos. Añadió que “Esc” es

funcional tan pronto como el indicador de control d se apague y que cuando se activa “Esc” d parpadea (véase punto de pericia iii de fs. 363 y punto x de fs. 366, como así también p. 220 de la numeración de la Guía del Propietario, acompañada por la parte actora y reservada a fs. 218 de sobre grande N° 27.919/2017, que se tiene a la vista).

En esa línea, reiteró el experto que cuando se procede a la ignición del motor en el visor de la pantalla aparece un mensaje que dice “Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico”; indicando que este mensaje se proyecta si hay algún problema con el control de estabilidad electrónica y/o con el sistema de control de tracción. Aclaró —entonces— que este tipo de mensaje está encuadrado en los Mensajes de Peligro: “Peligro, proporciona información sobre riesgos de lesiones fatales”; agregándose que “no prestar atención a esta información puede poner en riesgo su vida” (según la clasificación del Manual del Propietario editado por “GMA”).

Determinó el especialista electromecánico que el Manual del Propietario editado por la empresa fabricante del vehículo afirma que “su vehículo se diseñó utilizando una combinación de avanzada tecnología, seguridad, compatibilidad ecológica y economía” aclarándose que “el presente Manual del Propietario le proporciona toda la información necesaria para conducir el vehículo de forma segura y eficiente” e informando “a los ocupantes sobre los posibles peligros de lesiones y accidentes, derivados de un uso incorrecto del vehículo” (véase respuesta a punto 5° de fs. 360 *in fine*).

Aclaró, por lo demás, el experto que, en el caso de un vehículo que en forma permanente o periódica presenta fallas en los sistemas, sean reflejados o no en el visor del Centro de Información del Conductor - DIC, los usuarios no pueden sentir confiabilidad en su presentación normal (véase punto pericial 5° de fs. 361).

De su lado, cuando se le requirió al experto que determinase el estado actual del rodado y su kilometraje, contestó que de la evaluación estática de la unidad se observó que estaba en buenas condiciones, que no presentaba fallas evidentes y solamente podía hacer mención de la leyenda que aparece en el visor del Centro de Información del Conductor - DIC; agregando que la cantidad de kilómetros que presentaba la información del sistema era de 35.419 (véase respuesta a punto i, de fs. 363).

Aclaró —en ese marco— el especialista que había dos (2) aspectos que debía aclarar: por un lado, que las pruebas realizadas fueron con el vehículo detenido, es decir, no se realizó prueba en ruta porque ambas partes desestimaron la necesidad de ésta y, por otro

lado, que no podía considerar normal la aparición de un Mensaje de Peligro en el visor de la pantalla (Centro de Información del Conductor - DIC) que decía “Fallo sistema esc: Contacte Servicio Técnico”, cuando se producía la ignición del motor. Continuó señalando que, para evitar malos entendidos por parte de los usuarios, si fuera normal la aparición de este tipo de mensajes cuando se produce la ignición del motor, debería estar previamente indicado en el Manual del Propietario elaborado por el fabricante (véase punto de pericia xiv, ofrecido por la parte demandada, a fs. 367).

En oportunidad de contestar las impugnaciones a la pericia formuladas por la parte actora, el perito ingeniero recalzó que “no es correcto que en el visor aparezca una leyenda que dice ‘Fallo sistema esc. Contacte servicio técnico’ en forma furtiva”; destacando que, “sin embargo no puedo asegurar que al apagarse esta señal perduren en el vehículo condiciones que lo hagan peligroso para su uso, que es lo que no debería ocurrir en la marcha normal de todos sus sistemas” —véase punto 2) a)—, respuesta a pregunta xiv de fs. 388). Dejó sentado que esa situación generaba en el conductor incertidumbre relacionada con el funcionamiento de los sistemas, en especial, el “Sistema de Control de Estabilidad Esc”, pero que desde el punto de vista pericial esa conclusión excedía los alcances de esa pericia —véase punto 1) a)—, respuesta a la pregunta tercera de fs. 387, y punto 2) a) de fs. 388).

De su lado, frente a la afirmación efectuada por la codemandada “Automóviles San Jorge SA al contestar las impugnaciones al informe pericial, en cuanto a que si se arrancaba el motor en forma inmediata, el cartel indicado no aparecía, el experto ratificó que todas las pruebas de ignición fueron realizadas en forma normal cuando uno accedía a una unidad, es decir, que luego de sentarse en el asiento del conductor se procedía a cerrar la puerta, colocarse el cinturón de seguridad y luego colocar la llave en el tambor correspondiente, girando la misma y accionando la ignición del motor; por lo que no se entendía —adujo el perito— qué quería referir dicha accionada cuando mencionó que había que arrancar el motor en forma inmediata —véase respuesta a pregunta 1), de fs. 391—.

Asimismo, aseveró el especialista electromecánico que de acuerdo a la orden de reparación N° 700015925 de fecha 13/03/2017, la demandada estableció como descripción del trabajo: falso contacto borne de batería negativo”; agregando que este era un hecho concreto respaldado por la documentación que pudo compulsar. Explicó así que, establecer que ese defecto en el circuito eléctrico originó la serie de mensajes que el actor adujo que sufrió su vehículo en el siniestro de fecha 28/02/2017, entraba dentro de las probabilidades de un sistema que funcionaba incorrectamente, reiterando, una vez más, que en todas las oportunidades en

que se intentó poner en marcha el motor, se presentó en el visor de la pantalla el aludido mensaje de “Fallo sistema esc: Consulte servicio técnico”); mensaje —éste— que desaparecía a los 3 o 5 segundos de haber operado la ignición. Aclaró que si luego de esto el sistema esc de control de estabilidad funciona o no correctamente sería solo comprobable después de hacer las pruebas de ruta correspondientes. Manifestó además el experto que no tenía elementos que le permitiesen determinar que la computadora de abordo no funcionaba de manera correcta, por lo que si observaba en el visor de la pantalla el mensaje antedicho podría llegar a suponer que el mencionado sistema tenía algún inconveniente —véanse respuestas a preguntas 2), 3), 5) y 9) de fs. 391/392—. De seguido, manifestó que lo relativo a la realización de pruebas del vehículo en ruta, al no ser mencionado por las partes significaba que no lo han considerado necesario y por lo tanto lo han desestimado, aclarando que no era función de ese perito sugerir puntos de pericia sino cumplir con aquellos aprobados por el juez, por lo que el rodado fue revisado en el desarrollo de la pericia en un estacionamiento adecuado, que duró el tiempo necesario y no recibió ningún comentario adverso de las partes que estuvieron presentes en ésta (véanse respuestas a impugnación de la concesionaria codemandada, a fs. 393/394 e impugnación de “GMA”, a fs. 336). Advirtió que para este tipo de test en ruta se debían cumplir determinadas circunstancias: contar con un avezado conductor especializado, un lugar adecuado para realizar las pruebas, seguir un procedimiento de ensayo de acuerdo a una norma, contar con un vehículo que podía ser objeto de daños que normalmente era propio de la empresa constructora de la unidad o de su flota propia compuesta por unidades de la competencia, pólizas de seguros de vida, de responsabilidad civil, de automóvil, etc.; condiciones todas éstas que superaban las posibilidades de esa pericia técnica. Por último, concluyó el perito ingeniero en que este tipo de situación y necesidad de esclarecimiento debería ser responsabilidad de la empresa fabricante de la unidad, que cuenta con todas las condiciones suficientes y necesarias para hacer todos los tests que los sistemas del vehículo deberían superar para la seguridad de los usuarios (véase fs. 397).

Ello sentado, cuadra remarcar la importancia que para este tipo de litigios posee el informe pericial mecánico, al resultar el único medio probatorio idóneo a los fines de acreditar y constatar el estado general del vehículo —luego de las reparaciones efectuadas— por un experto en la materia.

No se pierde de vista que la pericia en estudio fue materia de impugnación —tal como se vio— por las tres (3) partes litigantes, mas tampoco se soslaya que fue debidamente contestada y justificada por el perito interviniente a fs. 387/389, fs. 391/394 y 396/397, res-

pectivamente. Al respecto, considero que para que las conclusiones emanadas de los expertos no sean tenidas en cuenta por este Tribunal es de menester armar evidencias capaces de convencer de que los datos proporcionados por los especialistas son insuficientes. Es sabido que aún cuando los resultados del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes (CSJN, 13/08/1998, *in re* “Soregaroli de Saavedra, María C. c. Bossio, Eduardo C. y otros”, Fallos: T. 321, p. 2118). Es que la amplia libertad de los magistrados para apreciar dictámenes como los que nos ocupa, no implica la concesión de una facultad para apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, máxime existiendo razones más que suficientes para inferir que las conclusiones arrojadas por los expertos no son alejadas de la realidad, al haber sido calculadas en base a la inspección ocular del rodado y al material instrumental provisto por las partes.

En esa línea de ideas, y abordando ahora la prueba testimonial producida en la causa, vale la pena mencionar que los declarantes S. H. S. —en su carácter de jefe de taller de dicha concesionaria— y D. A. B. —en su calidad de jefe de postventa de la concesionaria codemandada, desde abril de 2004— señalaron, respecto de la visualización del referido mensaje, que probaron en el depósito todas las unidades que estaban en stock y todas hicieron lo mismo porque es —según afirmaron ambos— una característica del vehículo (véanse fs. 352 y 355, respectivamente).

Asimismo, los testigos también coincidieron —en similar sentido— en señalar que si se le da arranque sin esperar el tiempo, no se visualiza la leyenda porque el módulo está energizado, en cambio ésta aparece cuando se abre la puerta y se espera unos 30 segundos que se desenergize el sistema y se le da arranque, y que al darle arranque aparece hasta que se vuelve a energizar el módulo, aproximadamente dos (2) segundos (véanse fs. 352 y vta. y fs. 355 y vta.).

3.2.- Del cúmulo de los elementos probatorios examinados supra, cabe concluir en que, en la presente causa, existieron defectos y/o vicios del rodado marca Chevrolet modelo Trailblazer 0 km. objeto del *sub lite*, que motivaron el ingreso de éste al taller mecánico de la concesionaria oficial de “GMA” “Automóviles San Jorge SA” en tres (3) oportunidades, en menos de un (1) mes y una semana de adquirido; desperfectos —éstos— que subsistieron, pese a las reparaciones a las que fue sometido dicho vehículo, en el marco de la garantía de fábrica otorgada por “General Motors de Argentina SRL”.

Repárese en que ninguno de tales desperfectos fue atribuido a un incorrecto uso del vehículo por parte de

los actores, sino que —por el contrario— tuvieron su origen de fábrica. Prueba de ello, es la reducida cantidad de tiempo transcurrida entre la entrega del vehículo a los actores por la concesionaria codemandada (16/02/2017) y los tres (3) ingresos al taller mecánico de esta última (01/03/2017, 13/03/2017 y 20/03/2017); lo que da clara cuenta de la existencia de vicios de fabricación ínsitos en el rodado objeto de la litis.

Resulta lógico que quien adquiere un automóvil nuevo, con un rodamiento mínimo y recorriendo un kilometraje promedio razonable —como en el caso de los actores—, aspire a que durante los primeros años ese rodado funcione sin inconvenientes, requiriendo solo de un mantenimiento mínimo —v.gr., cambio de aceite, filtros, pastillas de freno, correas, etcétera—. Empero, en el caso *sub examine*, se reitera, el vehículo debió ingresar al taller mecánico para ser reparado en tres (3) ocasiones dentro del mes y cuatro (4) días de la compra de éste.

Ello pues, permite tener por acreditado que el automóvil adquirido por los accionantes no cumplió, desde el inicio, con los requisitos normales y esperables de “seguridad, utilidad y fiabilidad”, al no reunir las “condiciones óptimas” para satisfacer la finalidad a la que estaba destinado (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 30/08/2011, *in re* “Rodríguez, Marcelo A. c. Fiat Auto Argentina SA y otro s/ ordinario”; máxime tratándose —como en el caso— de una camioneta 4x4, adquirida 0 km. de “alta gama” de reconocida marca en el mercado.

Y siendo que las reparaciones fueron realizadas en el marco de la garantía otorgada por “General Motors de Argentina SRL” debido a que se trató de desperfectos que tuvieron origen de fábrica —no fue invocado, ni mucho menos acreditado —tal como se vio—, que las fallas hubieran sido ocasionadas por un uso inapropiado del rodado por parte del accionante— y que no resultan acordes a un vehículo de las características del que se trata, cabe responsabilizar solidariamente por ello al fabricante y a la concesionaria oficial codemandada por los perjuicios ocasionados a los actores.

Ello así pues, la frustración de la finalidad para la que estaba destinada la unidad adquirida quedó configurada por los persistentes mensajes de fallos del sistema de control de estabilidad que obligaron a su ingreso periódico y reiterado al taller mecánico de la codemandada “Automóviles San Jorge SA”, dado que los desperfectos en cuestión resultaron totalmente anormales en un vehículo 0 km., máxime tratándose —se reitera— de un modelo de los denominados de “alta gama” y de una marca reconocida en plaza.

Por su parte, las reiteradas reparaciones efectuadas al rodado en el marco de la garantía, sin que pudiera

darse una solución definitiva a los distintos desperfectos —esto es, configurado el supuesto de “reparación insatisfactoria” normado por el art. 17 LDC— determinan que resulte inadmisibles pretender —como lo hiciera “GMA”— que la solución al defecto de fábrica estaría dada por el encendido inmediato del motor al instante de ingresar al vehículo de marras, para eludir la activación del mensaje indicativo de peligro en cuestión.

En ese contexto, la confesión del fabricante en el sentido de que: “el mensaje ‘Fallo sistema esc’ se produce por la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de abordo” (v. fs. 147), conjugado con la confesión de la concesionaria codemandada en punto a que la aparición de dicho mensaje en el tablero en forma constante y reiterativa al encender el motor es una “característica de fábrica de ese tipo de automóvil” (v. fs. 463 vta.) revela que existe un grave defecto de fabricación.

Porque si los sistemas de seguridad de ese tipo de modelo de automóvil detectan usual y generalizadamente un desperfecto supuestamente inexistente, eso constituye un mal funcionamiento en tanto se alertaría al conductor de un problema de seguridad que no existe.

Es por eso que sea porque el sistema de alertas y seguridad es extremadamente sensible y se dispara innecesaria y falazmente, o sea porque el sistema de estabilidad funciona inadecuadamente, por cualquiera de esos motivos, lo cierto es que tanto uno como otro caso revela un preocupante mal funcionamiento que, en tanto, reconocidamente extendido a todos los modelos de Chevrolet Trailblazer, se erige en un claro defecto de fabricación.

La adecuación de una cosa al destino fabrilmente programado se revela necesariamente con el uso adecuado. En el caso esa utilización regular demostró, por lo menos, una excesiva sensibilidad del sistema de detección de problemas en la estabilización vehicular. La reconocida circunstancia de que todos los modelos presenten esa característica no transforma superadamente, ese defecto en virtud ni es aceptable como sanación del yerro de fábrica. Porque, según el propio fabricante, el sistema que debería alertar del mal funcionamiento se dispara cuando todo funcionaría adecuada y normalmente. Eso, es claro, constituye un defecto de fabricación.

Es por lo menos insólita la solución propuesta por el fabricante en el sentido de que un más presuroso actuar encendiendo el motor al instante de ascender al vehículo superaría el defecto de detección prematura.

En primer lugar, porque no hay evidencia empírica de que esa prematura actividad resolviera el problema y, además, si esa incómoda forma fuera la solución no se comprende por qué no se la indica en el manual del vehículo para que los conductores efectúen dicha maniobra.

Es nítido que no puede afirmarse que la cosa sea adecuada o propia para su destino cuando se detecta constantemente que la falla continúa. No puede soslayarse que es cuanto menos incómoda la propuesta de la fabricante de tener que ingresar aceleradamente en el rodado para evitar que aparezca el mensaje de peligro en el tablero del automóvil.

Alcanzada esta conclusión, la queja esbozada por la concesionaria accionada relativa a que la magistrada no evaluó que el hecho de que el perito mecánico hubiese omitido realizar la prueba dinámica, perjudicó a su parte —ya que solo de ese modo hubiese sido posible probar el funcionamiento correcto o incorrecto del sistema esc—, resulta improcedente. Ello así, toda vez que el experto afirmó no haber realizado la prueba del vehículo en ruta, al no haber sido requerida por las partes, aclarando que tal omisión significaba que no la consideraron necesaria y que por lo tanto desestimaron tal ensayo, a lo que se adiciona que —según sostuvo el perito— el rodado fue revisado en el desarrollo de la pericia en un estacionamiento adecuado y no recibió ningún comentario adverso de las partes que estuvieron presentes en ésta.

En virtud de los fundamentos desarrollados *ut supra*, conclúyese en que, en la especie, se encuentra configurada la existencia de defectos de fabricación (vicios redhibitorios) del rodado marca Chevrolet modelo Trailblazer, “defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor” (art. 1051, inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Tales vicios se evidencian a través de la falla eléctrica del sistema de control de estabilidad (“sistema esc”) del vehículo, habiéndose configurado la causal de “reparación insatisfactoria” prevista por el art. 17 de la Ley de Defensa del Consumidor, razón por la cual las codemandadas “General Motors de Argentina SRL” y “Automóviles San Jorge SA” deberán responder solidariamente ante los actores por el perjuicio que la falla de fábrica y dicha “reparación insatisfactoria” les ocasionaron a estos últimos. Ergo, corresponde rechazar los agravios tendientes a revertir lo decidido en la sentencia apelada a este respecto y confirmarla en lo que a esta cuestión atañe.

Ello establecido, procede abordar a continuación la cuestión relativa a la procedencia y quantum de los rubros indemnizatorios que fueron objeto de agravio.

4°) En torno al rubro “daño patrimonial”.

Sobre este ítem se agravaron las tres (3) partes litigantes. El actor —por su lado— se quejó de que la juzgadora haya determinado la devolución del rodado contra el valor en plaza de éste en calidad de 0 km. pero reducido en un 15 %, considerando que tal reducción porcentual resultaba improcedente, máxime cuando lo adquirido por su parte fue un rodado 0 km.

“General Motors de Argentina SRL” —desde su perspectiva— se agravio de que, siendo que el estado general del vehículo de los actores es bueno, que a diciembre de 2020 llevaba recorrido más de 50.000 km. y que el modelo es del año 2017, la condena a abonar el valor del vehículo 0 km. con una disminución en su valor del 15 %, configuraba un enriquecimiento sin causa a favor de los actores, lo que de modo alguno era admisible.

“Automóviles San Jorge SA” —por su parte— reprochó que se hubiese otorgado una suma indemnizatoria desproporcionada, considerando la mínima entidad de la falla atribuida por la contraria.

En la especie, los accionantes reclamaron el importe de \$1.085.498,40, en concepto de “daños patrimoniales”, comprensivo del valor del vehículo, los gastos de alistamiento, flete, formularios, gastos de remolque, gastos de colocación de alarma, de seguro y de cochera, costo de laminado de seguridad y grabado de autopartes, etc.). Solicitaron, en ese marco, que se aplicase el supuesto del art. 17, inc. b, de la Ley de Defensa al Consumidor (LDC).

En ese marco, cuadra mencionar que cuando se configura el supuesto de “reparación insatisfactoria” de los defectos o vicios detectados en los productos, se activan las opciones previstas en el mencionado art. 17, LDC. En tal sentido, la reparación no será satisfactoria para el consumidor cuando la cosa no cumpla las condiciones óptimas para ser utilizada por éste en la finalidad para la cual está destinada. El decreto reglamentario N° 1798/1994, en su art. 17, expresa que “se entenderá por ‘condiciones óptimas’ aquellas necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante” (cfr. Chomer, Héctor Osvaldo - Sicoli, Jorge Silvio —directores—, autor Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Derecho Comercial - Defensa del consumidor”, Legislación Usual Comentada, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2015, ps. 382/383).

Es decir que, una vez entregada la cosa aparentemente “reparada” al consumidor, la reparación del

bien no será satisfactoria cuando éste no pueda emplearla para el fin para la cual la adquirió y de acuerdo a las instrucciones impartidas en el certificado de garantía (art. 14, inc. c, ley 24.240) (cfr. Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2009, T. I, Parte General, p. 206).

Ante la duda relativa a si la cosa reúne las condiciones óptimas o no, deberá estarse razonablemente a favor del consumidor, en la línea del art. 37, segundo párrafo, primera parte de la ley (“la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor”), criterio que deberá tomarse atendiendo a las particularidades propias del caso.

Una vez elegida cualquiera de las opciones previstas en el art. 17 LDC ante el bien reparado en forma insatisfactoria, el consumidor puede ejercer, si correspondiere, la acción por los daños y perjuicios sufridos, tal como prevé la norma referida en su párrafo segundo.

Nótese que el decreto N° 1798/1994 reglamentario de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, exige que en esas condiciones óptimas esté presente también la diligencia del consumidor, quien no puede dejar de tener en cuenta las instrucciones dadas por el fabricante (de allí la importancia de que en el certificado de garantía del art. 14, LDC, no sólo se informe sobre la cobertura sino también el debido uso de la cosa).

Obsérvese que el texto del decreto choca un poco contra el art. 17, LDC, que activa la protección contra las reparaciones insatisfactorias cuando la cosa no observe “las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada”. Es decir, aquí el parámetro para medir la calidad de la cosa es lo que se espera de ella, su destino (cfr. Chómer, Héctor Osvaldo - Sícoli, Jorge Silvio —directores—, autor Chamatropulos, Demetrio Alejandro, ob. cit., p. 383).

En el caso puntual de compra de un automóvil, se debe ser más exigente que en el supuesto de adquisición de otros objetos, ya que el vehículo que funciona mal, pone en serio peligro a las personas conducidas en el mismo y a terceros. Así se ha dicho que la LDC no obliga al consumidor insatisfecho a esperar prolongadamente, más allá de lo tolerable, a que el fabricante/vendedor repare el objeto que compró, máxime cuando por su condición debe ser de absoluta confiabilidad y servir para su inmediata utilización (cfr. CCiv y Com. Común Concepción, 10/06/2003, *in re* “Demos SRL c. Hyundai Motor Argentina y otro”, DJ, 2005-1-1104, citado en Chómer, Héctor Osvaldo - Sícoli, Jorge Silvio —directores—, autor Chamatropulos, Demetrio Alejandro, ob. cit., p. 384).

Pues bien, ante el fracaso de la reparación (es decir, cuando ésta es insatisfactoria), la LDC da algunas alternativas de solución para el consumidor.

En ese marco, la segunda opción —elegida por los actores— se encuentra plasmada en el art. 17, inc. b), LDC, que establece que el consumidor puede optar por “devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales”.

Por su parte, el Decreto N° 1798/1994, dispone en su artículo 17 que “...La sustitución de la cosa por otra de ‘idénticas características’ deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele. Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual de la cosa, cuando el consumidor optare por el derecho que le otorga el inciso b) del artículo 17 de la ley...”

De esta forma, el art. 17, inc. b), LDC establece que deberá partirse del precio actualizado de la cosa al momento de devolverse el importe —o la parte proporcional, en caso de haberse efectuado pagos parciales—, debiendo tenerse en cuenta el período de uso y demás condiciones.

Respecto de esta opción reparadora, la doctrina sostiene que por ella el consumidor debe devolver la cosa en el estado en que se encuentre, a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas “conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales”.

El valor de plaza de la cosa se refiere a un bien que se encuentre en perfectas condiciones y no a uno reparado de una manera no satisfactoria (cfr. Chómer, Héctor Osvaldo - Sícoli, Jorge Silvio —directores—, autor Chamatropulos, Demetrio Alejandro, ob. cit., p. 388; en igual sentido, Vázquez Ferreyra, Roberto A. - Romera, Oscar E., “Protección y defensa del consumidor”, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 59, citado por Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor comentado”, T. I, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 455).

A esto se agrega que cierta doctrina explica que “el precio actual de la cosa en plaza, dependerá del mercado en donde opere, de la fecha que se hubiere tomado, si se trata de un mercado nacional, regional o internacional, si hay realmente ‘un’ precio de la cosa, etc.” (cfr. Bonfanti, Mario, p. 150, obra citada por Chamatropulos).

los, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor comentado”, ob. cit., p. 455).

Se ha sostenido, criterio que comparto, que la disminución del precio actual de la cosa en el mercado a causa de las fallas que evidencia no tiene por qué ser soportado por el consumidor, ya que eso implicaría responsabilizarlo a él por los defectos del bien (cfr. Sargana, Fernando A., “Comentario al art. 11, LDC”, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), T. I, p. 210, obra citada por Chamatropulos, Demetrio Alejandro, ob. cit., p. 455).

Es que, más allá de lo establecido en el mencionado Decreto N° 1798, sería incorrecto imponer a los consumidores damnificados un perjuicio (esto es, la disminución del precio actual de la cosa en el mercado) que éstos no provocaron, al responsabilizarlos por los defectos/vicios de fabricación, por los que resultan solidariamente responsables las aquí demandadas. En efecto, las reparaciones no se deben a ningún hecho del consumidor, sino a vicios de la cosa, por lo que, si se reintegra un precio menor al valor actual en plaza de la cosa, se estaría responsabilizando indirectamente a los consumidores por los defectos de fábrica atribuibles a la contraria. Máxime cuando la situación se originó por el incumplimiento de las accionadas.

Repárese en que, si dicho incumplimiento no hubiese existido, los actores no se hubiesen visto en la obligación de iniciar la presente acción judicial para reclamar lo que es justo.

Ello, de modo alguno puede beneficiar indebidamente a quienes con su incumplimiento, ocasionaron los perjuicios a los consumidores adquirentes del rodado defectuoso.

Así pues, se estima procedente —a diferencia de lo decidido por la magistrada *a quo*—, recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados (arg. art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) otorgar a los accionantes el precio equivalente a una unidad nueva de la misma marca y modelo, conforme al valor de plaza al momento del cumplimiento de la condena, la que deberá tener lugar dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente sentencia, sin reducción porcentual alguna del precio. Dispónese —entonces— que su precio habrá de ser actualizado al valor de plaza en la etapa de ejecución de sentencia. Asimismo, en caso de incumplimiento, se liquidarán intereses hasta el día de su efectivo pago, a la tasa activa percibida por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días (cfr. esta CNCom., en pleno, 27/10/1994, *in re* “SA, La Razón s/ quiebra s/ incidente de pago de los profesionales”), no capitalizables (cfr. doctrina plenaria del

fuero, 25/08/2003, *in re* “Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ revisión de plenario”, JA, 2003-IV-567).

En consecuencia, corresponde receptor el agravio de los actores respecto este ítem y desestimar las quejas formuladas por las codemandadas sobre el particular, debiendo modificarse, con este alcance, el pronunciamiento apelado en lo que a esta cuestión atañe.

5°) Lo relativo al “daño moral”.

Con relación a este ítem, los demandantes reclamaron la suma de \$200.000, con sustento en el daño espiritual, dolor, angustia, pena e inseguridad padecidos como consecuencia del engaño y negativa de la parte demandada de solucionar la anomalía que presentaba el rodado, sumado a la frustración y pérdida del disfrute que les generó el hecho de evidenciar un detrimento económico después de tanto esfuerzo para adquirir un vehículo de esas características; padecimientos todos ellos que eran susceptibles de reparación por parte de la contraria (véanse fs. 120/122 del escrito inicial).

De su lado, la Señora Jueza de grado receptó la pertinencia de este rubro, condenando a “General Motors de Argentina SRL” a abonar a Lenarduzzi y Leivas la suma de \$100.000 cada uno, en concepto de resarcimiento por el “daño moral” padecido, con más sus respectivos intereses, a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta (30) días, desde la fecha de mora —16/02/2017— y hasta el efectivo pago.

Frente a tal decisión, se agraviaron, tanto los accionantes como las demandadas, por los fundamentos expuestos en sus respectivos memoriales. Las accionadas se quejaron de la admisibilidad del mentado ítem, dispuesta por la magistrada y, en forma subsidiaria, controvirtieron el quantum otorgado por considerarlo excesivo, solicitando —por lo tanto— su morigeración (véanse 454 vta./456, 459 y vta.); mientras que —desde su perspectiva— los reclamantes también cuestionaron su quantum por entender que resultaba exiguo, requiriendo —por ende— su elevación (véanse fs. 445/447 vta.).

Repárese en que la ambigua referencia formulada en fs. 447, párr. 2° del memorial de los actores recurrentes respecto de la imposición del “daño moral” exclusivamente a la empresa fabricante no alcanza para modificar —si eso se hubiera propuesto— la extensión de esa condena, porque es excesivamente escueto el fundamento y no alcanza a constituir una concreta crítica; por lo que corresponde rechazar por insuficiente el disenso planteado por los accionantes en tal sentido.

Pues bien, para que resulte procedente la reparación moral es necesario considerar la repercusión que

una acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen “daño moral”; para que así sea, es menester alegar y probar —razonablemente— la modificación disvaliosa en la capacidad del espíritu de querer o sentir del damnificado para, así, poder admitir tal rubro indemnizatorio (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 06/03/2008, *in re* “Cruzado, Roberto Á. c. American Express Argentina SA”; idem, 22/11/2018, *in re* “Mazzeo, Héctor G. c. Ford Argentina SCA y otro s/ ordinario”; en igual sentido, Sala D, 26/05/1987, *in re* “Sodano de Sacchi c. Francisco Díaz SA”).

Es que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 06/03/2008, *in re* “Cruzado, Roberto Á. c. American Express...” y 22/11/2018, *in re* “Mazzeo, Héctor G. c. Ford Argentina SCA y otro...”, citados supra; idem, Sala B, 12/08/1986, *in re* “Katsikaris, A. c. La Inmobiliaria Cía. de Seguros”).

En definitiva, el “daño moral” existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (cfr. esta CNCom., Sala C, 25/06/1987, *in re* “Flehner, Eduardo c. Optar SA”).

Con relación al resarcimiento de este tipo de daño en materia contractual, se ha dicho que su apreciación debe ser efectuada con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 21/12/2017, *in re* “Mascardi, Tomás E. y otros c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario”; id. 27/11/2007, *in re* “Sudaka SRL c. Pol-Ka SA”; id. 12/12/2006, “BVR c. Banco Francés”; id. 28/12/1981, *in re* “Zanetta, Víctor c. Caja Prendaria SA Argentina de Ahorro para Fines Determinados”; id. 13/07/1984, *in re* “Coll Collada, Antonio c. Crespo SA”; id. 28/02/1985, *in re* “Vanasco, Carlos A. c. Pinet Casa”; id. 13/03/1986, *in re* “Pazos Norberto c. YPF y otros”; id. Sala C, 19/09/1992, *in re* “Farre, Daniel c. Gerencial Fondo Administrador SA de Ahorro para Fines Determinados”; id. Sala B, 21/03/1990, *in re* “Borelli, Juan c.

Omega Cooperativa de Seguros Ltda.”; entre muchos otros). Se ha sostenido también —en esa dirección— que, en los supuestos de responsabilidad, en los que la reparación del daño moral se encuentra regida por el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (“Indemnización de las consecuencias no patrimoniales”), la regla de que está a cargo de quien lo reclama la acreditación de su concreta existencia cobra especial significación. Y esto es así porque, si la noción de daño moral se halla vinculada al concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, aparece como evidente que no puede ser equiparable ni asimilable a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones propias de todo incumplimiento contractual, en tanto estas vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (cfr. Borda Guillermo, “La Reforma al Código Civil”, ED, 29-763), razón por la cual es exigible que quien lo invoque acredite las especiales circunstancias a las que la ley subordina la procedencia de este resarcimiento (cfr. doctrina de esta CNCom., esta Sala A, 10/04/2008, *in re* “Gazzaniga, Jorge A. y otros c. Bank Boston NA y otro”).

A diferencia de lo que sucede con otros rubros indemnizatorios empero, la acreditación del daño moral no requiere, necesariamente, de elementos que objetiven, mediante pericias médicas o psicológicas, la existencia de un perjuicio físico o psiquiátrico (cfr. esta CNCom. esta Sala A, 02/06/2009, *in re* “Magno, Mario H. c. Banco Río de la Plata”; con igual criterio, 04/05/2006, *in re* “Pérez, Ricardo J. y otro c. Banco Bansud SA”).

En el *sub examine*, estimo que se encuentra debidamente acreditada la configuración de este daño si se tiene en cuenta que la actitud de la fabricante codemandada “General Motors de Argentina SRL” de no honrar sus compromisos de producir y brindar a los consumidores adquirentes actores un automóvil de su marca Chevrolet, modelo Trailblazer 0 km. de “alta gama” que cumpliera, desde el inicio, con los requisitos normales y esperables de “seguridad, utilidad y fiabilidad”, por no reunir las “condiciones óptimas” para satisfacer la finalidad a la que estaba destinado, necesariamente debió generar lógicas angustias, incomodidades, zozobras, desilusiones, incertidumbres, disgustos y ansiedades, con los naturales padecimientos que todo ello trae aparejado (arg. art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

De ese modo, recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados (arg. art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, referenciado supra), considero que se muestra como razonable mantener la condena por este rubro contra “General Motors de Argentina SRL”, debiendo dicha parte abonar a Alejandro Luis Lenarduzzi y María Soledad del Carmen Leivas la suma de pesos

cien mil (\$100.000) a cada uno, en concepto de resarcimiento por “daño moral”, teniendo en cuenta para ello tanto la índole de la obligación asumida por la codemandada, como el prolongado lapso de tiempo transcurrido desde el incumplimiento de esta última hasta la actualidad, con más los intereses fijados en la anterior instancia, los que se estiman razonables y ajustados a derecho, y que han de correr —tal como lo decidiera la magistrada *a quo*— desde la fecha de compra del vehículo (16/02/2017), por ser este el día en que los accionantes adquirieron la cosa defectuosa que motivó el presente reclamo de daños y perjuicios.

En consecuencia, corresponde desestimar los agravios deducidos por los demandantes y por “General Motors de Argentina SRL” por este rubro y, por ende, confirmar la sentencia apelada en lo que a este asunto concierne.

Finalmente, respecto del agravio planteado por “Automóviles San Jorge SA” en lo atinente a la condena por este ítem, deviene inoficioso su tratamiento, toda vez que dicha parte no es sujeto pasivo de la condena de referencia.

6°) El reclamo en concepto de “daño punitivo”.

6.1.- Los demandantes se agraviaron de que la juzgadora haya desestimado la aplicación de la multa civil en concepto de “daño punitivo”, pese a las pruebas producidas en la causa, que daban cuenta del obrar anti-jurídico de la contraria.

Pues bien, a efectos de ingresar en el tratamiento de la cuestión a dilucidar, se muestra menester brindar una serie de precisiones acerca del instituto del “daño punitivo”, así como de los presupuestos necesarios para la procedencia de esa sanción en nuestro derecho y, luego —dentro de dicho marco—, establecer si resulta aplicable al *sub lite*.

Así pues, el llamado “daño punitivo” es un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de “punitive damages” (también, “exemplary damages”, “non compensatory damages”, “penal damages”, “aggravated damages”, “additional damages”, etcétera) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y, recientemente, entre nosotros, traducido literalmente al español como “daños punitivos”, aunque tal denominación resultaría objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/2011, del voto de la Dra. Uzal, *in re* “Razzini, Diego c. Ford Argentina SA s/ ordinario”; en ese mismo sentido, Pizarro, Ramón D., “Derecho de Daños”, Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993, p. 291, nota 7).

En algunos de los países anglosajones se ha interpretado que consiste en una cantidad económica que debe desembolsar el responsable de un daño, no para compensar al demandante —víctima del perjuicio sufrido—, sino con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante, constituyendo así una especie de “pena privada” para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (véase, P. Salvador Cordech, “Punitive Damages”, *Indret*, septiembre de 2001; E. D’Alessandro, “Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia”, *Rivista di Diritto Civile*, 2007, I, p. 384 y ss.; R. Pardolesi, “Danni punitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2007, p. 341 y ss.). Cabe acotar que se ha señalado, muchas veces, que las cifras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se conceden como “daños punitivos” alcanzan proporciones muy significativas y que su impacto social es enorme, de ahí que para su reconocimiento internacional las sentencias con condenas de este tipo hayan sido sometidas a “tests de proporcionalidad” y “tests de vinculación espacial” (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/2011, *in re* “Razzini, Diego c. Ford Argentina SA...”, cit. *ut supra*; véase en ese mismo sentido: Alfonso Luis Calvo Caravaca - Javier Carrascosa González, “Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado”, Ed. Comares, Granada 2008, ps. 68/69).

Entre nosotros, el “daño punitivo” ha sido definido como las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro, y que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado (cfr. Pizarro, Ramón D., “Derecho...”, obra citada *ut supra*, p. 291).

Dicho instituto, como se ha dicho, participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores en los que se condene en calidad de “daños y perjuicios” y se encuentra destinada, en nuestra regulación, en principio, al propio damnificado. Esta pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y, también, al castigo y al desbaratamiento a futuro de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/2011, *in re* “Razzini...”, cit. *supra*; *idem*, CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, *in re* “Machinandiana Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”).

Así, se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones, a saber: (a.) sancionar al causante de un daño inadmisibles; (b.) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y (c.) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (conf. Trigo Represas, Félix, “La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor”, La Ley Online).

En el mismo sentido, ha sido dicho que la finalidad de los daños punitivos es: (a.) punir graves inconductas; (b.) prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción; (c.) reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; (d.) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; y (e.) proteger el equilibrio del mercado (cfr. Pizarro, Ramón D.; “Derecho...”, obra citada *ut supra*, ps. 302/304).

En la jurisprudencia norteamericana esta figura ha encontrado debido cauce dentro de las llamadas “class actions”, que se han convertido en un ámbito apropiado para el tratamiento de las cuestiones relativas a casos de responsabilidad donde los daños resultan agravados por la proyección social y la magnitud del perjuicio que causan (véase la referencia al litigio del Exxon Valdez en “Manual for Complex Litigation, Third”, Federal Judicial Center, Washintong DC, 1995, p. 325).

6.2.- Los llamados daños punitivos en nuestra legislación.

Ahora bien, los “daños punitivos”, hasta hace no mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), normativa mediante la cual se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis LDC.

La referida norma prevé frente “al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, que a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”. Se dispone también que “cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley” (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

Pues bien, efectuadas las breves precisiones precedentes en punto al instituto en cuestión, cabe determinar cuáles son los presupuestos que deben requerirse

como necesarios para autorizar a conceder una indemnización adicional por dicho concepto.

En ese cometido, debe aclararse, en primer lugar, que si bien, para la procedencia del “daño punitivo” la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento (cfr. CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, *in re* “Machinandiarena...”, citado *ut supra*), lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.

Asimismo, cabe señalar que el consenso dominante sobre la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es el de que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el “dolo o la culpa grave” del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (conf. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/2011, *in re*: “Razzini...”, cit. precedentemente; véase en esa misma línea: Trigo Represas, Félix; “La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor”, La Ley Online; idem, Stiglitz Rubén - Pizarro Ramón; “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2009-B, 949).

De otro lado, debe destacarse que, en términos generales, cuando los precedentes se refieren a la existencia de “culpa grave”, se trata de aquella que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todo el mundo habría juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 06/12/2007, *in re* “Valiña, Carlos c. Mercantil Andina Cía. de Seguros SA / ordinario”).

Esta postura de que el “daño punitivo” no resulta aplicable en cualquier supuesto, también puede ser observada entre los fundamentos esgrimidos durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la normativa en cuestión, donde se ha expresado que “con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio, pues, en sí resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad” (véase “Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.361.

Defensa del Consumidor”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2008, p. 369).

En esa misma dirección, se ha sostenido que “resulta contrario a la esencia del daño punitivo y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlo ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales” (cfr. Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 04/06/2010, *in re* “De la Cruz, Mariano R. c. Renault Argentina SA y otra”; López Herrera, Edgardo, “Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, JA, 2008-II 1201). Para reconocer “daños punitivos” hace falta, se reitera, el elemento “doloso” o la “culpa grave”.

Por otro lado, nótese que en el derecho anglosajón se ha exigido para que este resarcimiento proceda un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador y un particular y significativo proceder que sea mucho más que una mera negligencia en la comisión del hecho ilícito (tort). En efecto, deben existir circunstancias agravantes relativas a ese obrar que demuestren temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/2011, *in re* “Razzini...”, cit. *ut supra*; en esa misma línea: Pizarro, Ramón “Derecho...”, obra citada *ut supra*, p. 298).

En los precedentes que han gestado esta figura, se ha admitido su procedencia, por ejemplo, cuando ha quedado demostrada la existencia de un cálculo de probabilidades de costo-beneficio de parte del autor del ilícito, en torno a que sería más barato indemnizar a los eventuales damnificados, que los gastos necesarios para corregir el mismo (véase “Grimshaw vs. Ford Motor Company”, 1981, 174 Cal., Rptr. 376).

En la jurisprudencia norteamericana, para la aplicación de este tipo de condena en materia de daños causados por productos elaborados se exige para su procedencia que: (a.) existan fallas acerca de la utilización o riesgos del producto; (b.) aparezcan fallas de fabricación después de la venta; y (c.) se constaten deficiencias por inadecuados controles de calidad (véase referencia a los fallos “Lipke c. Celotex Corp.,” “Grimshaw c. Ford Motor Co.” y “Deemer c. A. Robins Co.,” en Pizarro, Ramón, “Derecho...”, obra referida *ut supra*, ps. 326/329).

También se ha apuntado como exigencia de su procedencia la “existencia de lesión o daño”, incluso se ha dicho que deberían exigirse daños susceptibles de reparación (patrimoniales y/o extrapatrimoniales).

En esta línea, se ha señalado que, en principio, este resarcimiento no resultaría aplicable en cuestiones vinculadas con incumplimientos contractuales, aun-

que, en general, se admite su procedencia excepcional cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio (cfr. Pizarro, Ramón, “Derecho...”, obra citada *ut supra*, p. 301). En nuestro medio, este ámbito está expresamente previsto en el artículo 52 bis LDC.

En conclusión, la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisibles con eventual proyección social y hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración.

6.3.- Procedencia del resarcimiento en concepto de “daño punitivo” pretendido en el *sub lite*.

Sobre la base de todo lo hasta aquí expresado, debe concluirse, pues, que la mención que realiza el artículo 52 bis LDC (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del “incumplimiento de una obligación legal o contractual” debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que dicha reparación es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño, debiendo haberse verificado que el agente dañador ha actuado con “dolo” o “culpa grave”, o con un deliberado desdiseño de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados.

Es que no puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad y que apunta a la clara finalidad de sancionar graves inconductas y a prevenir su repetición, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger al equilibrio del mercado (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/2011, *in re* “Razzini...”, cit. *ut supra*).

De modo que el “daño punitivo” traído a nuestra legislación no puede ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que acrecienta, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así, pues, cabe sólo en el debido contexto que justifique concederle.

Alcanzada la conclusión precedente, cabe pasar a analizar si, en la especie, se han verificado las circunstancias excepcionales que autorizan la fijación del “daño punitivo” pretendido, esto es, si se ha acreditado la existencia del tipo de conducta que resulta exigible para la aplicación de esa sanción.

Debe señalarse que en el informe pericial técnico obrante a fs. 356/368 se dio cuenta —tal como se examinara supra— de la existencia de fallas eléctricas de fabricación (vicios redhibitorios), al dejarse aclarado que, estando el vehículo estacionado, con el motor frío y en caliente, se procedió en varias ocasiones (8) a poner el motor en marcha con la llave en el interruptor de ignición y en todas las oportunidades en el visor de la pantalla (Centro de Información del Conductor - DIC) aparece el mensaje que dice “Fallo sistema esc: Contacte al servicio técnico” (véanse fs. 357, 363, 363 bis y 365 de la pericia). Se asentó asimismo en el mentado informe que la fallas y anomalías evidenciadas no serían normales para un vehículo automotor y la seguridad de sus ocupantes y que deberían estar lejos de poder considerarse habituales, según lo enunciado por el perito especialista en ingeniería electromecánica (véase fs. 360). Además, se puso de resalto en la peritación técnica que la unidad fue ingresada en distintas oportunidades en la concesionaria oficial de “General Motors de Argentina SRL” a fin de reparar las fallas existentes (véanse fs. 361 *in fine* y fs. 364).

En ese marco, se enunció en la pericia que este tipo de mensaje está encuadrado en los “Mensajes de Peligro”, indicándose que, según clasificación del Manual del Propietario editado por “GMA”, “Peligro, proporciona información sobre riesgos de lesiones fatales” y que “No prestar atención a esta información puede poner en riesgo su vida” (véase fs. 366). Se destacó —entonces— en dicho informe que no se puede considerar normal la aparición de un “Mensaje de Peligro” en el visor de la pantalla (Centro de Información del Conductor - DIC) que dice “Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico”, cuando se produce la ignición del motor (véanse fs. 367 y 368).

La propia emplazada “General Motors de Argentina SRL” reconoció, al contestar demanda, la aparición del mensaje “falla sist. esc”, mas adujo que “se produce por la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de abordaje, desapareciendo a los dos segundos”, afirmando que dicha “demora” no representa un defecto, falla o vicio de fabricación en el vehículo” (véase fs. 147 de la contestación de demanda de la fabricante codemandada). Repárese en que la fabricante, en su defensa, no desconoce la aparición del referido “Mensaje de Peligro”, sino que atribuye su visualización a la presunta demora/retardo del conductor en proceder al encendido del motor al momento de ingresar en el vehículo.

De su lado, la codemandada “Automóviles San Jorge SA” admitió la aparición del mensaje de “falla sistema esc” luego de poner en marcha el rodado, agregando que ello ocurre ya que el módulo correspondiente al control de estabilidad demora dos (2) segundos en conectarse, pero negó que ello implicase falla o desper-

fecto alguno y, menos aún, un riesgo para los actores, sino que —según indicó— se trata de una característica de fábrica de ese tipo de automóvil (véase fs. 175 vta. del responde y fs. 463 vta. de la expresión de agravios de la concesionaria codemandada).

En ese sentido, cuadra señalar que la fabricante y la concesionaria codemandadas, lejos de desconocer la aparición del “Mensaje de Peligro” en el visor del tablero al momento de encender el motor del rodado Chevrolet Trailblazer, éstas reconocen tal circunstancia, empero la atribuyen a la presunta demora en la puesta en marcha del motor luego del ingreso al mismo, pretendiendo —de ese modo— inducir que la anomalía detectada —y conocida por aquéllas— constituye una característica de ese tipo de rodado.

Sin embargo, a poco que se examine el Manual del Propietario se observa —en coincidencia con lo concluido por el perito ingeniero— que no figura, entre las descripciones de opciones y características disponibles para este modelo, la activación del referido “Mensaje de Peligro” como consecuencia del encendido tardío del motor (véase fs. 2 de la numeración del manual, reservado a fs. 218).

Es que, la lógica indica que un mensaje indicativo de peligro solo debería encenderse en el tablero de un vehículo en el supuesto de configurarse —ciertamente— una situación de peligro, y no en todo momento en que se procede a poner en marcha el motor. Lo contrario denota el mal funcionamiento de la computadora de abordaje y la consiguiente existencia de una falla eléctrica en el sistema de ese tipo de modelo de automóvil marca Chevrolet Trailblazer (ello, teniendo en cuenta que se demostró en autos la existencia de esa misma falla en otras camionetas del mismo modelo), la que, indudablemente, debería ser subsanada por la fabricante “General Motors de Argentina SRL”.

Resulta evidente que la existencia del Mensaje de Peligro “Fallo sistema esc: Contacte servicio técnico” en el visor del tablero de la camioneta 4x4 de “alta gama” al instante de poner en marcha el motor, situación conocida por la fabricante emplazada, importó un negligente incumplimiento de las obligaciones asumidas para con el consumidor, como consecuencia de lo cual recibió la condigna sanción derivada de la obligación indemnizatoria a la que se la condenó en la sentencia de grado, mas ello no habilita por sí solo a concluir en que la conducta desplegada por aquélla exteriorice, del modo exigible ya descripto *ut supra*, el designio “doloso” de perjudicar o la “culpa grave” en ese sentido, los cuales constituyen requisitos necesarios para habilitar la procedencia del “daño punitivo” pretendido.

Ahora bien, el obrar ilegítimo de la demandada “General Motors de Argentina SRL” no se agotó en la

existencia de la falla referida precedentemente, sino que se extendió a su actuación posterior, al pretender evadir su responsabilidad argumentando infructuosamente que la demora en el encendido del motor era lo que provocaba la activación del “Mensaje de Peligro” denunciada por los actores. Dicha explicación, sin embargo, constituye una indebida justificación de lo que, tal como se señalara supra, se erige en un defecto de fábrica.

Repárese en que de aceptarse la validez de dicha argumentación se estaría amparando la concepción de productos defectuosos cual si fuesen productos en perfectas condiciones, lo que de modo alguno es admisible, máxime tratándose del caso de un vehículo cuyo uso en este estado resulta peligroso (cosa riesgosa), no solo para sus pasajeros, sino también, lo que es más grave aún, para los terceros que puedan enfrentarse a dicho rodado en una situación de conducción cotidiana.

Es que, la aparición constante e ininterrumpida de ese mensaje indicador de peligro al momento mismo de proceder al encendido del motor, sin lugar a dudas provoca confusión y desconcierto en el conductor acerca del buen funcionamiento —o no— del sistema de control de estabilidad cuando realmente resulta necesaria su activación en situaciones de riesgo para la vida y seguridad de los pasajeros, como ser, viajes a velocidad en ruta o en caminos resbaladizos o sinuosos, etc.

Sin hesitación, la situación comentada es generadora de incertidumbre, desprotección y desconfianza para los pasajeros del vehículo, lo que denota la imposibilidad de pasar por alto la anomalía de referencia.

Esta repudiable actitud fue mantenida por la fabricante accionada en oportunidad de contestar la presente demanda y al expresar agravios, oportunidades en las que, a pesar de reconocer la activación del “Mensaje de Peligro”: “Fallo sistema esc: Consulte al servicio técnico”, justificó que se debía a la demora en la activación del módulo eléctrico de la computadora de a bordo del rodado; actitud —ésta— que no ha de ser soslayada por este Tribunal.

Por las razones desarrolladas precedentemente, sólo cabe concluir en que la codemandada “General Motors de Argentina SRL” incumplió en forma deliberada (o sea, con dolo) las obligaciones que asumiera —en su rol de fabricante de cosas potencialmente riesgosas, como lo son los vehículos— con los actores adquirentes, a sabiendas de que su accionar era antijurídico, obrando con un reprochable desprecio por los derechos del consumidor, conducta ilícita en la que ha persistido —y, más aún, agravado— durante la sustanciación del presente proceso, donde pese a admitir la

aparición del “Mensaje de Peligro” de referencia, en cada encendido de motor, no procuró una solución efectiva a la problemática planteada, con los riesgos que ello puede implicar para la vida y la seguridad de los consumidores adquirentes de los rodados marca Chevrolet modelo Trailblazer, para los pasajeros y para terceros, conforme se señalara.

Tal como se refirió supra, un defecto como el denunciado por los actores debió —en efecto— ser reparado y no seguir presentando dificultades como las del caso presente. La extendida fabricación de un modelo con defecto semejante no puede ser tolerada, pues constituye un grave riesgo a la circulación vehicular. Por eso y para convencer al fabricante de que es necesario mejorar los sistemas de seguridad de los rodados de que se trata, aprecio pertinente imponer la condigna multa que lo encarrile hacia la producción de un producto sin defectos.

En consecuencia, considero que — pese a su carácter restrictivo— se encuentra debidamente acreditada la existencia de todos los requisitos exigibles para la procedencia de la condena en concepto de “daño punitivo”, esto es, el incumplimiento doloso de una obligación legal o contractual por parte de la codemandada “General Motors de Argentina SRL”, quien menoscabó abiertamente los derechos de los adquirentes consumidores de ese vehículo con la clara intención de obtener un beneficio económico.

La indolencia detectada en la conducta de la concedente, empresa fabricante del rodado en cuestión, reproducida en múltiples unidades conforme reconocen los testigos dependientes de la concesionaria codemandada y no mereciera objeción alguna de dicha concedente, define la procedencia del “daño punitivo” reclamado por la parte actora.

Encontrándose determinada entonces la procedencia del “daño punitivo” en el *sub lite*, corresponde determinar a continuación el quantum de la condena por ese concepto.

Ahora bien, en relación a la extensión de dicha pena, el único límite que ha impuesto la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) es que no debe superarse el valor de la infracción establecida en el artículo 47, inc. b de dicha normativa, que es de pesos cinco millones (\$5.000.000), no obstante lo cual, para fijar su monto deberá tenerse en consideración “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso” (art. 52 bis LDC).

En este punto, es importante dejar establecido que la indemnización por “daño punitivo” se justifica con el carácter de la conducta desplegada por la demandada y no necesariamente por el daño concreto inferido al actor.

En esa dirección, se ha dicho que para la aplicación de la multa se tendrá en cuenta el perjuicio irrogado al usuario, la posición en el mercado del infractor, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización (cfr. Quiroga Lavié, Humberto, “La primera aplicación histórica del daño punitivo en la jurisprudencia nacional”, LA LEY, 2010-A, 219).

En la misma línea, se ha resuelto que a los fines de fijar el monto del “daño punitivo” se deberá considerar la gravedad del incumplimiento, su intencionalidad, la envergadura de la empresa demandada y las demás circunstancias personales del actor (CACiv. y Com. de Mar del Plata, Sala II, *in re* “Machinandia-rena...”, cit. *ut supra*; idem, CACiv. y Com. de Rosario, Sala II, 29/07/2010, *in re* “Rueda Daniela c. Claro AMX Argentina SA”; bis idem, CACiv. y Com. de Salta, Sala I, 13/04/2011, *in re* “P., D.H. c. Telecom Personal SA”).

Con base en todo lo hasta aquí expresado, considerando la conducta dolosa desplegada por la codemandada “General Motors de Argentina SRL”, la entidad de su incumplimiento y su posición relevante en el mercado, con el objeto de procurar que dicho reprochable obrar no se reitere en el futuro con otros adquirentes consumidores y recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados en materia de daños y perjuicios —art. 165 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación—, estimo que corresponde condenar a dicha fabricante, en el plazo de diez (10) días de que quede firme la presente sentencia, al pago de la suma adicional de pesos cinco millones (\$5.000.000) en concepto de “daño punitivo”, fijada a la fecha de este pronunciamiento.

De allí en más y en caso de incumplimiento, se liquidarán intereses hasta el día de su efectivo pago, a la tasa activa percibida por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días (cfr. esta CNCom., en pleno, 27/10/1994, *in re* “SA La Razón s/ quiebra s/ incidente de pago de los profesionales”), no capitalizables (cfr. doctrina plenaria del fuero, 25/08/2003, *in re* “Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ revisión de planario”, JA, 2003-IV-567).

Por consiguiente, habrá de admitirse el reproche de los actores recurrentes en tal sentido, correspondiendo modificar la sentencia apelada, admitiendo la procedencia de este rubro por el monto precedentemente expuesto.

7°) La forma en que deberán ser soportadas las costas del proceso.

Habida cuenta de que lo hasta aquí expuesto determina la modificación parcial de la sentencia de grado, tal circunstancia impone —más allá de la queja introducida

por “GMA” a este respecto— adecuar la distribución de costas efectuada en la anterior instancia al resultado de las apelaciones, debiendo este Tribunal expedirse nuevamente acerca de dicho tópico, en orden a lo previsto por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Pues bien, sabido es que en nuestro sistema procesal los gastos del juicio deben ser satisfechos —como regla— por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación consagra el principio del vencimiento como rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: de modo que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, Fallos: 312:889, entre muchos otros).

Es cierto que ésa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito suficiente para ello (arts. 68 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así las cosas, es claro que la imposición de las costas en el orden causado o su eximición —en su caso—, sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiera un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. I, p. 491).

Así las cosas, con respecto a las costas generadas en ambas instancias corresponde imponerlas en un 70 % a cargo de “General Motors de Argentina SRL” y en el 30 % restante en cabeza de “Automóviles San Jorge SA”, cual es la medida de imposición de costas que atiende la correlativa condenación resultante tras la actuación en Alzada, modificatoria de la sentencia de la anterior instancia que fuera recurrida por las partes.

V. La conclusión.

Por todo lo hasta aquí expresado, propongo al Acuerdo:

1) Desestimar tanto el recurso de apelación deducido por “General Motors de Argentina SRL”, como el interpuesto por “Automóviles San Jorge SA”.

2) Receptar parcialmente el recurso de apelación incoado por los actores, y modificar la sentencia de

grado con los alcances expuestos en los considerandos IV.- 4°) y 6°) 6.3.- y, en consecuencia;

3) Confirmar la sentencia de la anterior instancia en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.

4) Imponer las costas de ambas instancias conforme a las pautas establecidas en el considerando IV.- 7°).

De este modo, dejo expresado mi voto.

La doctora *Uzal* adhiere al voto anterior.

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve: 1) Desestimar tanto el recurso de apelación deducido por “General Motors de Argentina SRL”, como el interpuesto por “Automóviles San Jorge SA”. 2) Receptar parcialmente el recurso de apelación incoado por los actores, y modificar la sentencia de grado con los alcances expuestos en los considerandos IV.- 4°) y 6°) 6.3.- y, en consecuencia; 3) Confirmar la sentencia de la anterior instancia en todo lo demás que decide y fue materia de agravio. 4) Imponer las costas de ambas instancias conforme a las pautas establecidas en el considerando IV.- 7°). 5) Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General y devuélvase a la primera instancia. 6) Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 131 de Acuerdos Comerciales-Sala A; 7) A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto 1.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. El Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers no interviene en este Acuerdo por hallarse en uso de licencia (art. 109 RJN). — *María E. Uzal*. — *Héctor O. Chomer*.

EXCLUSIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS DE ENTIDADES FINANCIERAS EN REESTRUCTURACIÓN

Demanda intentada por el expresidente del Banco Central de la República Argentina. Inaplicabilidad del régimen tuitivo de consumidor. Invocación de razones de conexidad contractual para evitar la aplicación del régimen previsto en la ley 21.526. Rechazo. Orfandad probatoria. Condición de persona “vinculada”.

1. — El régimen tuitivo especial del consumo no resulta de aplicación frente al de exclusión de activos y pasivos aprobado por la ley 21.526.
2. — El caso no plantea ninguna arbitrariedad o irrazonabilidad del BCRA en orden a la exclu-

sión de activos y pasivos cuestionada por el actor, toda vez que no habiendo cuestionado este último su condición de persona “vinculada” al Banco Finansur SA, el tratamiento que se le dispensó de acuerdo con lo previsto por el art. 49, inc. “e”, último párrafo, de la ley 21.516, se ajustó a derecho.

3. — Ninguna norma de la ley 21.526 hace excepción al régimen general de exclusión de activos y pasivos por razón de conexidad contractual de las operaciones bancarias que pudieron generar unos u otros; y mucho menos con la consecuencia pretendida por el actor de que, declarada a su respecto la ineficacia e inoponibilidad del acto del BCRA que definió los activos y pasivos excluibles, los plazos fijos (pasivos) le sean pagados por una entidad financiera.
4. — La conexidad contractual invocada por el actor entre los préstamos y los depósitos a plazo fijo, para evitar que se los trate como activos y pasivos separados susceptibles de ser excluidos en el marco del procedimiento reglado en el Título III, Capítulo IV, de la ley 21.526, debe rechazarse, pues ese régimen trasciende las previsiones contractuales eventualmente acordadas. Aun si fuera cierta la conexidad que aquel afirma, no podría prevalerse del negocio jurídico implicado, correspondiendo la aplicación del aludido régimen.
5. — Si, como lo afirma el actor, los depósitos a plazo fijo servían para garantizar los préstamos, quiere ello decir, entonces, que se trataba de depósitos con afectación especial, la que, en su caso, debía ser probada por el propio cliente, máxime ponderando que generalmente la afectación especial no resulta del contrato de depósito y tal prueba no puede resultar de presunciones.

CNCom., sala D, 07/12/2021. - Pérez Redrado, Hernán Martín c. EN - BCRA y otro s/ sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/192697/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido

42033/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 7 de 2021.

1°) El actor Hernán Martín Pérez Redrado apeló el 09/11/2020 la sentencia dictada el 28/10/2020 que re-

chazó la demanda entablada contra el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) y el Banco de Galicia y Buenos Aires SA (en adelante, Banco Galicia).

El memorial fue presentado el 09/11/2020 y recibió respuesta del Banco Galicia el 21/12/2020 y del BCRA el 03/02/2021.

El 14/05/2021 la Sra. Fiscal ante la Cámara declinó dictaminar.

2º) Los agravios del recurrente consisten básicamente en que: I) no se tuvo por probada la conexidad de los contratos de mutuo y plazo fijo celebrados. Se quejó de que la desaparición de los contratos de préstamo originales en poder del Banco Galicia sea interpretada en contra de la parte más débil de la relación contractual. Invocó la ley 24.240 y la inversión de la carga de la prueba, por lo que, sostuvo, la omisión de presentar los contratos hace presumir la conexidad entre ellos. Agregó que, si los contratos no están, entonces el Banco demandado no podría ser acreedor de Pérez Redrado, como contrariamente sostuvo la sentenciante. Reiteró que la conexidad de los contratos se advierte por las tasas de interés aplicadas a ambos (25% en el caso del mutuo y 23% para los plazos fijos), cuando la habitual que cobraba el Banco era del 30%, y porque estaban calzadas las fechas de vencimiento de ambos productos; II) ser “persona vinculada” pareciera que lo excluye como consumidor o usuario financiero. Se quejó de que su condición de ex presidente del BCRA fuera óbice para la aplicación de la ley 24.240 y agregó que no se mencionó las Comunicaciones A 5472 y 5388 del BCRA; III) se interpretara que las normas aplicables a la exclusión de activos y pasivos de “personas vinculadas” a entidades financieras en reestructuración vedan toda revisión judicial. Señaló también que existiría contradicción en la sentencia al sostener que “el activo podría no haberse excluido” —lo que confirmaría que la división de las operaciones pudo haberse evitado aun cumpliendo la ley— pero por otra parte consideró que ello no fue arbitrario. Agregó que mantener unidos los contratos no estaba prohibido y citó jurisprudencia; IV) se le hayan aplicado las costas, en violación al beneficio de justicia gratuita establecido en el art. 53 de la ley 24.240.

El 21/12/2020 el Banco Galicia respondió el memorial, solicitando se rechace el recurso del actor. Indicó que Pérez Redrado no ofreció como prueba en poder del Banco los contratos de préstamo celebrados con el ex Banco Finansur SA y señaló que la caja de ahorro N° ... no tiene conexidad con los contratos de préstamo, que es una cuenta que se abrió por envío de fondos de plazo fijo que inmediatamente fueron devueltos por no ser un pasivo excluido por el BCRA. Recordó que

no tiene registrados los préstamos en su contabilidad porque los mutuos fueron activos excluidos del ex Banco Finansur en favor de TMF Trust Argentina SA y que él no intervino en dichos contratos, siendo los firmantes quienes están en mejores condiciones de aportarlos. Agregó que, en virtud de lo dispuesto por la ley de Entidades Financieras, y por la ley de Concursos y Quiebras, los créditos y deudas son divisibles y no compensables. Negó que se le hubiere afectado su derecho como consumidor, alegó que el derecho crediticio del actor es frente al ex Banco Finansur, por lo que debe reclamar conforme al régimen de universalidad de la ley 24.522 y se refirió al régimen de exclusión de ciertos activos de la entidad financiera para atender prioritariamente pasivos de los ahorristas que la ley 21.526 considera privilegiados, señalando que Pérez Redrado no fue incluido como acreedor privilegiado por tratarse de una persona vinculada a la entidad fallida. Calificó como sofisticada a la operación financiera celebrada, y consideró que no tenía como fin obtener financiamiento personal con el préstamo y recordó que el actor era, paralelamente, proveedor del ex Banco Finansur por sus servicios profesionales de asesoramiento en el gerenciamiento de la entidad bancaria, por lo que no quedan dudas de la falta de inclusión de sus plazos fijos dentro del régimen del art. 35 bis de la ley 21.526 por ser una persona vinculada a la entidad. Expuso que la no inclusión en los pasivos excluidos del ex Banco Finansur fue resuelta por resolución administrativa del BCRA, y que debió ser impugnada por las vías procedimentales correspondientes. Añadió que la ley 21.526 dispone expresamente que “los acreedores de la Entidad Financiera enajenante de los activos excluidos no tendrán acción o derecho alguno contra los adquirentes de dichos activos, salvo que tuvieren privilegios especiales que recaigan sobre bienes determinados”, lo que invalida la acción dirigida en su contra. Respecto de la revisión judicial, afirmó que contrariamente a lo sostenido por el actor, la sentencia señaló que los actos adoptados por el BCRA serán revisables en sede judicial cuando hubiere mediado arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas, y que ello no ocurrió en el caso. Se refirió además a los precedentes jurisprudenciales citados en el memorial, y señaló que la situación de los actores en dichos procesos era la opuesta a la de Pérez Redrado y que su cita fue tendenciosa. Por último, consideró que como el objeto de la pretensión es la ineficacia de un acto administrativo complejo, no se encuentra amparado bajo el derecho de consumo. Sin perjuicio de ello, señaló que el beneficio de justicia gratuita no alcanza al régimen de imposición de costas.

El BCRA respondió el memorial el 03/02/2021. Indicó que el demandante intenta dotar a sus plazos fijos de un privilegio que no poseen al pretender su exclusión y transferencia al Banco Galicia para poder cobrarlos. Reiteró que carece de privilegio por ser persona vincu-

lada al ex Banco Finansur. Sostuvo que la existencia de plazos fijos y préstamos no habilita a interpretar que son contratos conexos y que el actor no demostró cuál sería la finalidad económica común que unía a esos contratos. En cuanto a las fechas “calzadas”, alegó que ello no surge de la prueba pericial contable. Se refirió además a la tasa preferencial del 25%, a que ello no prueba la conexidad de los contratos, y agregó que bien pudo deberse justamente a que Pérez Redrado es una “persona vinculada” al ex Banco Finansur. Expresó que, por tratarse de una persona vinculada, no puede ser considerado como un simple cliente, y que la Comunicación A 5472 se refiere a este tipo de vínculos, y a los controles mínimos de las financiaciones a las que accedan. Adujo que al pretender la exclusión de los activos y pasivos en el marco del proceso de reestructuración del ex Banco Finansur SA, la ley aplicable es la de entidades financieras, y no el derecho común. Agregó que la juez *a quo* realizó la revisión judicial del planteo del actor, pero que no encontró arbitrariedad ni irrazonabilidad manifiesta. Sostuvo que es discrecional o facultativo del BCRA la elección de los activos a excluir de la entidad en reestructuración, y que esa potestad, no la convierte en arbitraria. Por último, se refirió a que el beneficio de justicia gratuita no implica un avance sobre las costas del proceso, sino que solo exime del pago de la tasa de justicia.

3°) La Sala considera necesario efectuar preliminarmente una breve reseña de lo sucedido:

(a) Hernán Martín Pérez Redrado promovió acción de amparo contra Banco Galicia y Banco Central de la República Argentina para que: (i) se declare la conexidad de los contratos de plazo fijo N° ... y ... , y de los préstamos bancarios N° ..., ... y ..., de su titularidad en Banco Finansur SA, en los términos del art. 1073 y cc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto dichos plazos fijos fueron constituidos en garantía de tales créditos, que fueron transferidos a Banco Galicia a partir de la reestructuración de Banco Finansur en los términos del art. 35 bis de la ley 21.526, por el Directorio del BCRA; (ii) se declare la ineficacia e inoponibilidad del acto jurídico de división de los activos y pasivos del actor en Banco Finansur dispuesto por los demandados al suscribir el Contrato de Transferencia, por arbitrariedad y violación del principio de conexidad contractual y del principio de equivalencia en materia de exclusión de activos y pasivos de entidades financieras en reestructuración; y (iii) en virtud de los principios aludidos, se disponga que es a cargo de Banco Galicia la obligación de pago de los plazos fijos identificados previamente. Pidió la citación de Banco Finansur SA, en quiebra.

Reconoció su carácter de persona vinculada al ex Banco Finansur SA, ya que fue contratado por el Grupo Indalo para llevar a cabo gestiones de *management*

y gerenciamiento de dicha entidad bancaria, y otras empresas del grupo empresario. Relató que, en virtud de ese contrato de prestación de servicios, se procedió a la apertura de la cuenta N° ... en el Banco Finansur, que allí se le depositaban sus honorarios profesionales y que constituyó tres plazos fijos y tres préstamos bancarios, y explicó que los fondos de los primeros garantizaban el pago de los segundos. Alegó que los plazos fijos y los préstamos eran contratos conexos en los términos del citado art. 1073 y que, de hecho, montos y fechas de vencimiento se fijaron en cadenas de pago. Sostuvo que la conexidad se advertía además en la tasa de interés preferencial pactada del 25% respecto de los préstamos, cuando en la época era del 30%, para “encajarla” con la que el Banco pagaba para los plazos fijos, que era del 23%.

Explicó que debido a la reestructuración del ex Banco Finansur SA dispuesta por el BCRA el 08/03/2018, en los términos del art. 35 bis de la ley 21.526, se dictó la Resolución del Directorio del BCRA que comunicó la transferencia de activos y pasivos de Banco Finansur a Banco Galicia, y que fue informado que las sumas de dinero de los plazos fijos que había contratado no fueron transferidas al Banco Galicia pues este último había asumido únicamente los pasivos privilegiados del ex Banco Finansur SA, y que dado su carácter de persona vinculada, los plazos fijos de su titularidad no habían formado parte de los pasivos privilegiados.

Relató que con la participación de Banco Galicia y Seguro de Depósitos SA (SEDESA), se constituyó un fideicomiso financiero que emitió valores representativos de deuda y certificados de participación a favor de Banco Galicia, por el valor de los pasivos asumidos por la entidad financiera. TMF Trust Company (Argentina) SA actuaría como fiduciario y Banco Galicia como beneficiario y agente de cobranza, de modo que Banco Galicia cobraría los créditos que se ejecuten, entre ellos, los préstamos contraídos por el accionante en Banco Finansur.

Invocó la ley de Defensa del Consumidor y la ley de Entidades Financieras.

(b) En fs. 274/292 contestó la demanda el Banco Galicia, y luego de negar los hechos alegados y desconocer la documentación acompañada, solicitó el rechazo de la demanda, por no existir un acto manifiestamente arbitrario o ilegítimo que lesione sus derechos y garantías. Sostuvo que el actor funda su pretensión en normas de derecho común, y que en el caso rigen regímenes imperativos por tratarse de una entidad financiera en reestructuración.

Indicó que el Banco no asumió los depósitos del actor por expresa prohibición legal —por ser persona vinculada al ex Banco Finansur— y que tampoco es ti-

tular de los créditos en su contra, ya que son propiedad del Fideicomiso Financiero Fidensur.

Se refirió al marco legal de la exclusión de activos y pasivos de la entidad financiera en liquidación y relató que luego del rechazo del plan de regulación y saneamiento presentado por el Banco Finansur SA y la suspensión de sus operaciones, el 27/12/2017 el Banco Galicia presentó una oferta para asumir los pasivos privilegiados que el BCRA determinara y la constitución de un fideicomiso para la realización de los activos no dinerarios, que fue aceptada por el BCRA mediante Resolución N° 84 del 08/03/2018. En ella se aceptó la constitución del fideicomiso con la totalidad de los activos del Banco Finansur SA, se autorizó la transferencia de los activos excluidos al Banco Galicia y se ordenó la exclusión de los pasivos privilegiados, autorizando también su transferencia al mismo Banco. Explicó los contratos celebrados a fin de implementar la oferta aceptada.

Indicó que los plazos fijos del actor son pasivos sin privilegio dado su carácter de persona vinculada al ex Banco Finansur SA, por lo que no integraron la exclusión de pasivos privilegiados que fueron transferidos al Banco Galicia. Sin perjuicio de ello, señaló que el actor no acompañó los certificados de plazo fijo.

Indicó que al caso corresponde aplicar exclusivamente las disposiciones de la ley 21.526 y no las de derecho común; que el actor debió impugnar el acto administrativo por el cual el BCRA ordenó la exclusión de activos y pasivos, debiendo agotar la vía procedimental correspondiente, y que dichos actos administrativos solo pueden ser cuestionados si hubiere mediado arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas.

Añadió que la ley 21.526 establece que los acreedores de la entidad financiera enajenante de los activos excluidos no tendrán acción o derecho alguno contra los adquirentes, salvo privilegio especial, y explicó que, en el caso, el adquirente es el Fideicomiso Fidensur, que no fue demandado.

Refirió también que los créditos y deudas son divisibles y no compensables de acuerdo al régimen de la ley 24.522, por lo que el planteo de conexidad de los contratos es abstracto, ya que, si así se declarara, la única alternativa posible sería que quedaran ambos productos, sujetos al régimen falencial, en razón no gozar del privilegio establecido por la ley 21.526.

Aludió al invocado principio de equivalencia de la ley 21.526, que no se aplica respecto de cada acreedor y deudor, sino respecto de los activos y pasivos totales del Banco reestructurado a ser excluidos, es decir, respecto de la valuación global de los activos excluidos

en comparación con la valuación global de los pasivos privilegiados excluidos.

Por último, indicó que la acción de amparo no resulta ser la vía idónea para el reclamo, y que tampoco corresponde aplicar la ley 24.240 ya que se trata de la ineficacia de un acto administrativo complejo del BCRA, cuestión regida por la ley 21.526.

(c) El BCRA contestó en fs. 382/390. Se refirió a la suspensión de las operaciones del Banco Finansur SA, a su reestructuración y la exclusión de activos y pasivo privilegiados dispuesta por Resolución 84/2018, a la autorización de transferencia de esos activos y pasivos al Banco Galicia y a la constitución de un fideicomiso con la totalidad de los activos excluidos.

Indicó que solo los pasivos privilegiados pueden ser excluidos, y que los pertenecientes a personas vinculadas, como los del actor, no lo son.

Señaló que el actor no acreditó la constitución de los plazos fijos ni la alegada conexidad ya que no demostró que hubieren tenido la misma finalidad económica.

Expresó que la ley 21.526 establece un marco normativo que es un régimen exorbitante del derecho común.

Se expidió además respecto de la equivalencia invocada por el actor y sostuvo que el espíritu del art. 35 bis de la ley 21.526 no es encontrar la equivalencia de operaciones activas y pasivas de cada cliente bancario de la entidad en reestructuración, sino que redunde en beneficio del procedimiento que establece dicho precepto. Agregó que no se configuró arbitrariedad o irrazonabilidad en el procedimiento que habiliten la revisión judicial del proceso de reestructuración.

(d) La sindicatura interviniente en el expediente "Banco Finansur SA s/ quiebra" se presentó en fs. 403 y reservó su opinión para el momento en que se clausure el período probatorio.

(e) La sentencia recurrida rechazó la demanda, con costas al actor. Consideró en primer lugar que no correspondía expedirse sobre la vía del amparo en virtud de que oportunamente no se emitió pronunciamiento sobre la cuestión y las partes consintieron que se le otorgara al proceso el trámite de juicio sumarísimo.

Señaló como hechos acreditados la constitución de los plazos fijos y los 3 préstamos contratados con el ex Banco Finansur S.A.; la verificación en la quiebra del mencionado Banco, con carácter de quirografario, del crédito constituido por los dos plazos fijos del actor; el carácter de persona vinculada al ex Banco Finansur SA de Pérez Redrado; y que los activos de la entidad bancaria respecto del actor (los préstamos) fueron objeto de

exclusión en los términos del art. 35 bis de la ley 21.526 y transferidos al Fideicomiso Fidensur, mientras que los pasivos (plazos fijos) fueron considerados como “no privilegiados” por ser su titular persona vinculada a la entidad, por lo que permanecieron en el ámbito del patrimonio residual de la entidad en quiebra.

Indicó que no fue probada la alegada conexidad entre los contratos de préstamo y plazo fijo, ya que no fueron acompañadas las cláusulas contractuales que demostraran esa vinculación, y señaló que era en el actor en quien recaía la carga de probar dicho extremo.

Agregó que la calidad de persona vinculada al Banco Finansur implicaba la prohibición legal de excluir un pasivo que no gozaba de privilegio, y que, en caso de no haberse excluido el activo, sería la sindicatura de la quiebra la que perseguiría el cobro de los créditos, resultando imposible pretender una compensación conforme lo establecido en la ley 24.522.

Dijo que las normas del derecho de los contratos y del consumidor no resultaban aplicables al caso, y que se pretendió eludir el régimen de privilegios de la ley de entidades financieras.

Señaló que las decisiones privativas del BCRA solo pueden ser revisadas en sede judicial cuando hubiere mediado arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas, lo que no ocurrió en el caso.

Añadió que el principio de equivalencia que exige el procedimiento de reestructuración de las entidades financieras no resulta computable respecto de cada cliente en particular, sino respecto de todos los pasivos privilegiados del Banco que deben ser atendidos, con un importe equivalente a una suma de activos suficientes para responder por los mismos.

Finalmente, impuso las costas al accionante vencido.

4°) El análisis de los agravios invocados por el recurrente se hará en el orden que se estime conveniente, y prestando atención solo a los argumentos que se exhiben como conducentes, descartando los irrelevantes desde el punto de vista fáctico o jurídico, lo cual no es sino expresión de un adecuado ejercicio de la función de juzgar ya que, como lo tiene reiteradamente dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces únicamente deben examinar aquello que estimen pertinente para la correcta composición del litigio (conf. CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; etc.).

5°) Corresponde en primer lugar expedirse sobre la aplicabilidad al caso de la ley 24.240.

La ley 24.240 integra el “derecho común”, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en el Cód. Civ. y Comercial (CSJN, Fallos: 330:133).

Tal calificación jurídica es fundamental para observar su inaplicabilidad en el marco del régimen de “Reestructuración en resguardo del crédito y los depósitos bancarios” regulado por el Título III, Capítulo I, de la ley 21.526.

Es que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta inaceptable la aplicación de las reglas del derecho común en desmedro de aquellas, de neto corte publicístico, que regulan específicamente la actividad bancaria y financiera, con olvido de la peculiar naturaleza que reviste tal actividad, particularmente en el marco de la exclusión de activos y pasivos prevista por el art. 35 bis e la ley 21.526 (CSJN, Fallos: 325:860, considerando 6°; en el mismo sentido: CNCom., Sala F, 08/08/2013, “Romulan SRL c. Banco Comafi Fiduciario Financiero SA”).

Por lo demás, la exclusión de activos y pasivos de que se trata es realizada por el BCRA, cuya Carta Orgánica establece que es función de la entidad “vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la ley de entidades financieras y demás normativa que en su consecuencia se dicten” (art. 4-b), lo cual permite suponer presente una actividad orientada a la protección de los consumidores financieros en general (conf. doctrina de la CNCom., Sala B, 29/03/2007, “Padec Prevención Asesoramiento y Def. del Consumidor c. Bank Boston NA s/ medida precautoria”).

A todo evento y por si alguna duda cupiese (duda que Sala no tiene), corresponde observar que el régimen tuitivo del consumidor es aplicable a los contratos o relaciones de consumo que se dan entre un consumidor y un proveedor (arts. 1092 y 1093 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Pero hete aquí que el actor Pérez Redrado contrató préstamos y constituyó plazos fijos con el Banco Finansur SA (hoy en quiebra), por lo que su vínculo no fue establecido con el BCRA quien, obviamente, no podría ser calificado como proveedor.

Otro tanto ocurre con el Banco Galicia, entidad que, aparte de no poder ser calificada como proveedor, ni siquiera podría ser considerada como sucesora a título singular del Banco Finansur SA, pues si bien se le transfirieron ciertos pasivos de esta última entidad, ello no aprehendió a los plazos fijos impuestos por el actor en razón de habérselo tenido como una persona “vinculada” de acuerdo a lo previsto por el art. 49, inc. “e”, último párrafo, de la ley 21.516, extremo este último que no fue cuestionado en autos.

En fin, en lo que se refiere a los activos excluidos del Banco Finansur SA, entre los que se encuentran los préstamos tomados por el actor, corresponde observar que fueron transferidos al Fideicomiso Financiero Privado Fidensur, cuyo fiduciario y, por tanto, titular de los bienes fideicomitidos es TMF Trust Company (Argentina) SA. Así las cosas, toda vez que tal fiduciario no fue demandado en autos, resulta de abstracta consideración si puede ser calificado como proveedor a la luz del régimen de protección del consumidor.

Por todo lo expuesto, no pueden ser aceptadas las críticas que levanta el actor contra la decisión de primera instancia por no haber examinado la cuestión a la luz de las normas sobre defensa del consumidor.

6°) Como fue explicado por la Sala en la causa “ABN Amro Bank NV Suc. Arg. Fid. del Fideicomiso Laverc c. Industrias Cerámicas Lourdes SA y otros s/ ordinario”, sentencia del 01/09/2016, el mecanismo aprobado por el art. 35 bis de la ley 21.526 constituye un régimen tendiente al resguardo del crédito y de los depósitos bancarios de una entidad financiera en crisis. Mediante tal régimen, el Banco Central de la República Argentina puede disponer la transferencia por un monto equivalente de determinados activos y pasivos pertenecientes a una entidad financiera —que se encuentra en alguna de las situaciones previstas en el art. 44 de la mencionada normativa—, a otra entidad, para que con la disposición de los primeros se paguen los segundos sincronizadamente (conf. CNCom., Sala C, 22/08/2013, “Serman, Alberto A. c. Banco Comafi SA y otro s/ ordinario”; íd., Sala E, 21/08/2008, “Cafiso, Pablo c. Banco Macro Bansud s/ ordinario”; Ambrogi, G., “La exclusión de activos y pasivos en la ley bancaria”, LA LEY, 1998-B, p. 1191; Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., “Crisis e insolvencia de entidades financieras”, Buenos Aires, 2008, p. 74, ap. III; Kabas de Martorell, M., “Tratado de Derecho Bancario”, Santa Fe, 2011, T. I, p. 151 y ss.).

Dicho de otro modo, se trata de un peculiar sistema por el que se permite escindir determinados activos de una entidad en crisis para afectarlos al pago de ciertos pasivos privilegiados, taxativamente enumerados, por valores contables equivalentes según la solución que la ley 21.516 establecía con anterioridad a su reforma por la ley 25.780 (conf. CSJN, 30/04/2002, Recurso de Hecho: “Banco Caseros SA s/ quiebra s/ incidente por Cristina Guerrero de Villamea y otros”, Fallos: 325:860; CNCom., Sala A, 08/04/2014, “Rodríguez Giménez, Jorge c. Banco Bansud SA s/ ordinario”) o, como lo indica el régimen actualmente vigente, por activos “...valuados de conformidad con las normas contables aplicables a los balances de las entidades financieras, ajustados a su valor neto de realización, por un importe que no sea superior al de los distintos rubros del pasivo...” —art. 35 bis, apartado II, inciso “a”— (conf.

Moiseef, M., Estoup, L., del Mazo, G. y Roisenzvit, A., Comentarios a las modificaciones introducidas por la ley 25.780 en la Carta Orgánica del BCRA y la ley de entidades financieras, ADLA Boletín N° 25/2003, p.1).

Su finalidad es la protección de los intereses de orden público económico vinculados con la regularidad del sistema financiero, y permite que el directorio del Banco Central de la República Argentina resuelva, a su juicio, la exclusión de activos y pasivos determinados con carácter previo a considerar el retiro de la autorización para funcionar de un Banco (conf. CNCom., Sala C, 08/11/2005, “Banco Mayo CL s/ quiebra s. inc. de impugnación al proyecto de distribución”; íd., íd., 07/05/2013, “J. Roger Balet e Hijos SA c. El Hogar Banco Patricios SA s/ incidente de levantamiento de medidas cautelares”; íd., Sala F, 08/08/2013, “Romulan SRL c. Banco Comafi Fiduciario Financiero SA s/ ordinario”).

Por su propia naturaleza y especificidad, es un régimen exorbitante del derecho común (conf. CSJN, 30/04/2002, Recurso de Hecho: Banco Caseros SA s/ quiebra s/ incidente por Cristina Guerrero de Villamea y otros”, Fallos: 325:860; CNCom., Sala A, 30/04/2009, “La Lácteo SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Banco Bansud SA”); íd., Sala C, 08/11/2005, “Banco Mayo C.L. s/ quiebra s/ inc. de impugnación al proyecto de distribución”; íd., Sala C, 07/05/2013, “J. Roger Balet e Hijos SA c. El Hogar Banco Patricios SA s/ incidente de levantamiento de medidas cautelares”; íd., Sala F, 08/08/2013, “Romulan SRL c. Banco Comafi Fiduciario Financiero SA”).

Esto es así porque la regulación de la actividad financiera y bancaria, asumida por el Estado Nacional y delegada en el Banco Central de la República Argentina, se da en el marco del llamado “poder de policía bancario”, con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias y ejercer funciones de fiscalización de las entidades (conf. CSJN, 19/11/1981, “Banco de Río Negro y Neuquén SA”, Fallos: 303:1776).

Sobre tal base, ya fue dicho, resulta inaceptable la aplicación de las reglas del derecho común, entre ellas, las normas de defensa del consumidor.

7°) Lo expuesto precedentemente, tiene directa implicancia en el agravio que el actor plantea relacionado con la conexidad contractual que invoca entre los préstamos y los depósitos a plazo fijo, para evitar que se los trate como activos y pasivos separados susceptibles de ser excluidos en el marco del procedimiento reglado en el Título III, Capítulo IV, de la ley 21.526.

El argumento central del actor, que interpreta reflejado en fallos que cita, es que “...no toda separación y exclusión de activos y pasivos es ajustada a derecho,

aun cuando haya sido decidida en los términos del art. 35 bis de la LEF, sino que, si viola garantías preexistentes, como en este caso, donde los plazos fijos garantizaban el pago de los préstamos, debe respetarse su unidad, para no generar un enriquecimiento sin causa de la entidad que adquiere el activo sin el pasivo de respaldo o garantía...”

A criterio de la Sala, y más allá de señalar que ninguno de los fallos citados por el apelante responde a la situación fáctica del *sub lite*, la alegación central precedentemente referida no resulta atendible.

(a) Para comenzar, corresponde observar que ninguna norma de la ley 21.526 hace excepción al régimen general de exclusión de activos y pasivos por razón de conexidad contractual de las operaciones bancarias que pudieron generar unos u otros; y mucho menos con la consecuencia pretendida por el actor (bajo la idea de la presencia de un negocio único por el cual los préstamos estaban garantizados por los plazos fijos) de que, declarada a su respecto la ineficacia e inoponibilidad del acto del BCRA que definió los activos y pasivos excluíbles, los plazos fijos (pasivos) le sean pagados por el Banco Galicia.

En tal sentido, es preciso observar también que el régimen aprobado por el Título III, Capítulo IV, de la ley 21.516 trasciende las provisiones contractuales eventualmente acordadas; con lo que va dicho que el actor, aun si fuera cierta la conexidad que afirma, no podría prevalerse del negocio jurídico implicado (o lo que es lo mismo decir, de la interrelación que dijo existente entre los préstamos y sus garantías), cabiendo derechamente estar a la aplicación del aludido régimen (en este sentido: CNCom., Sala A, 30/04/2009, “La Lácteo SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Banco Bansud SA”).

(b) Aunque lo precedentemente expuesto es suficiente para establecer la sinrazón del reclamo con fundamento en la alegada presencia de una conexidad contractual, lo cierto es que, en rigor y a todo evento, ni siquiera esta última puede considerarse existente.

Si como lo afirma el actor los depósitos a plazo fijo servían para garantizar los préstamos, quiere ello decir, entonces, que se trataban de depósitos con afectación especial, la cual, en su caso, debía ser probada por el propio cliente. En efecto, es el cliente quien debe demostrar que el depósito no es un depósito bancario en las condiciones ordinarias, sino un depósito con afectación especial, máxime ponderando que generalmente la afectación especial no resulta del contrato de depósito. Y dicha prueba no puede resultar de presunciones (conf. Williams, J., “Contratos de Crédito”, Buenos Aires, 1986, T. 2-A, ps. 270/272, N° 141).

Tal carga probatoria, empero, no fue cumplida por el actor, sin que sirva para dar una respuesta diferente sobre el “*onus probandi*” la condición de consumidor que invoca en su memorial pues, se insiste, el régimen tuitivo especial del consumo no resulta de aplicación frente al de exclusión de activos y pasivos aprobado por la ley 21.526.

(c) En efecto, el actor no acompañó siquiera los contratos de mutuo celebrados con el Banco Finansur SA.

El Banco Galicia, al ser intimado, acompañó los resúmenes de movimientos de la Caja de Ahorro N° ... y, respecto de los contratos de préstamo, señaló que no hay transferencias a cuentas bancarias propias y que aquellos debían ser solicitados al Banco Finansur SA. Además, informó que el legajo del cliente no había podido ser hallado (fs. 548 y 572).

Por otra parte, la sindicatura de la quiebra de Banco Finansur SA tampoco aportó elementos de juicio demostrativos de la conexidad invocada o, en su caso, de la presencia de depósitos a plazo fijo con afectación especial al pago de los préstamos (fs. 424/477 y 576).

De otro lado, el peritaje contable informó que los préstamos N° ..., ... y ... fueron otorgados, el primero el 23/06/2017, y los otros dos el 14/07/2017, mientras que los plazos fijos N° ... y ... cuya conexidad invocó el actor, se constituyeron el 31/08/2017 y el 27/09/2017, esto es, en fecha claramente posterior, lo cual impide tenerlos siquiera como orientados a cumplir una función de “garantía”, ya que no fueron contextuales al nacimiento de lo que, se dice, sería lo garantizado.

Por otra parte, la tasa del 25% otorgada en el caso de los préstamos solo sugiere que se trató de un cliente preferencial, evidentemente relacionado con su carácter de persona vinculada al Banco Finansur SA, pero nada predica respecto de la conexidad o afectación especial indicada.

Asimismo, aparte de que, como se dijo, en esta materia no caben las presunciones, lo cierto es que ni siquiera es posible establecer alguna, toda vez que la función económica denunciada por el actor (afectación de plazos fijos en garantía del pago de préstamos) no es el contenido habitual de las operaciones bancarias involucradas.

(d) Sabido es que la carga procesal de probar es la actividad encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante, dado que el juez realiza, a expensas de los elementos probatorios aportados a la causa la reconstrucción de los hechos invocados, descartando aquellos que no hayan sido objeto de demostración en la medida necesaria.

Según lo dispone el art. 377 del Cód. Procesal, la carga de la prueba es una distribución que no se refiere al “poder de probar”, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del “riesgo de no hacerlo”, no supone, por lo tanto, ningún derecho del adversario, y es por ello mismo que cada parte soporta la carga de probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende; de manera que si no lo hace pierde el pleito, si de esa carga no satisfecha depende la suerte de la litis (CSJN, *in re*: “Kopex Sudamericana SAIC c. Buenos aires, Provincia de y otros” 19/12/1995; esta Sala, “Sistemas Analíticos SA c. Becton Dickinson Argentina SRL”, 01/11/2016; *id.*, “Cellular Time SA c. Telefónica Móviles Argentina SA”, 03/11/2016; *id.*, “Caran Automotores SA c. Volkswagen Credit Compañía Financiera SA”, 14/02/2017; *id.*, “Charrúa, María J. c. Assist Card Argentina SA de Servicios”, 13/06/2017; *id.*, “Ringer SRL c. Telefónica de Argentina SA”, 04/07/2017; *id.*, “Intellect Posware Solutions Group SRL c. YPF SA”, 16/05/2017; *id.*, “Actividad Médica SA c. Well Being SA”, 19/10/2017; *id.*, “Toy Store SA c. Prisma Medios de Pago SA”, 28/12/2017).

8°) Lo expuesto hasta aquí luce suficiente para sellar la suerte adversa del recurso.

Empero, para dar la respuesta jurisdiccional más amplia, todavía es posible señalar que, contra lo afirmado en el memorial de agravios, la sentencia de primera instancia no declaró que “nunca” pueden ser revisados judicialmente los actos adoptados por el BCRA en el marco del régimen estatuido en el Título III, Capítulo IV, de la ley 21.526. Por el contrario, el fallo recurrido transcribió el art. 35 ter de la citada ley que admite la revisión “...cuando hubiere mediado arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas...”

De lo que se trata es, más bien, de que el caso no plantea ninguna arbitrariedad o irrazonabilidad del BCRA en orden a la exclusión de activos y pasivos cuestionada por el actor, toda vez que no habiendo cuestionado este último su condición de persona “vinculada” al Banco Finansur SA, el tratamiento que se le dispensó de acuerdo a lo previsto por el art. 49, inc. “e”, último párrafo, de la ley 21.516, se ajustó a derecho.

9°) Por último, se agravó el actor por la imposición de costas a su cargo.

Dado que se ha determinado la inaplicabilidad al caso de las normas tutelares de los derechos del consumidor, solo se hará referencia a la eximición del pago de las costas prevista en el art. 68, 2° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que el actor fundamenta en la complejidad del caso.

Es cierto que el criterio según el cual el vencimiento es el presupuesto esencial para imponer las costas no

es rígido: véase que la norma citada faculta al magistrado para eximir de costas al vencido cuando encontrase mérito para ello.

Mas las complejidad que invoca el actor, no parece argumento atendible en boca de quien no solo fue titular del BCRA desde el 24/09/2004 al 22/01/2010, sino que además se desempeña como consultor, contando con experiencia en la prestación de servicios de asesoramiento, consultoría, gerenciamiento y *management* de entidades cuyo objeto se encuentra vinculado al mercado financiero, banca, entidades aseguradoras, sociedades de inversión, financieras, Gerentes de Fondos Comunes de Inversiones, etc., tal como surge del acuerdo de gerenciamiento que celebró con el representante de Indalo Inversiones de Argentina SA e Inversora M&S SA.

No se encuentra, pues, causa o motivo que justifique apartarse de aquella regla procesal, de modo que corresponde rechazar, también, este último agravio expresado por el demandante.

10°) (a) En cuanto a los recursos deducidos contra la retribución profesional, debe precisarse que toda vez que la pretensión carece de un monto objetivamente ponderable —lo que impide su apreciación pecuniaria sobre bases objetivas suficientes (arg. arts. 16 inc. a y 22, ley 27.423)— la retribución profesional correspondiente habrá de estimarse de manera prudencial, ponderando la naturaleza y complejidad del asunto; el resultado que se hubiere obtenido y la relación entre la gestión profesional, y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada; el mérito de la labor profesional, apreciada por su calidad, eficacia y extensión del trabajo; la actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal, y la trascendencia que tuviere el asunto para casos futuros (valorando —a esos efectos— cualquier referencia patrimonial que pudiere surgir de la causa), para el cliente y para la situación económica de las partes (arg. art. 16, incs. b a g, ley 27.423 y esta Sala, 30/10/2018, “Duric, Juan J. c. Dursim Trading SA y otros s/ ordinario”).

(b) Por otra parte, corresponde precisar, en cuanto a la aplicación del tope establecido por el artículo 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que este Tribunal entiende que la norma de referencia no implica fijar un límite máximo al que deba someterse la cuantificación de la retribución sino, únicamente, establecer una valla a la responsabilidad del deudor por el pago de las costas del juicio. Y como tal, por tratarse de una materia distinta al quantum de los honorarios profesionales, tal limitación debe —eventualmente— ser propuesta recién en ocasión de su ejecución (esta Sala, 10/06/2021, “Clariá Olmedo, Roger A. c. Banco Industrial SA s/ su-

marísimo” y 17/12/2019, “De Stefano, Vicente c. Crudi Valeria L. y otro s/ ordinario”).

(c) Con tales pautas reducen los estipendios a ... UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para el letrado apoderado de la parte actora, A. E. F.; a ... UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para el letrado patrocinante por la misma parte, L. A. A.; a ... UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para la letrada apoderada del Banco Central de la República Argentina, A. L. E. T.; a ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para la letrada en el mismo carácter y por la misma parte, F. del V.; a ... UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para el letrado por Banco de Galicia y Buenos Aires SAU, R. E. S.; a ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para el letrado por la misma parte, M. C.; a ... UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para el letrado apoderado por Banco de Galicia y Buenos Aires SAU, I. M. A.; a ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para la sindicatura de Banco Finansur SA s/ quiebra, Silva, Medina y Asociados; a ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para su letrada patrocinante, E. A. P., y a ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para la perito contadora, V. J. C. (arts. 14, 16 incs. b a g, 20, 22, 29 y 51, ley 27.423 y Acordada CSJN 21/2021).

Por las labores desarrolladas ante esta Alzada, fíjense los honorarios en ... UMA, equivalentes a la fecha a \$...

(pesos ...), para la letrada apoderada del Banco Central de la República Argentina, A. L. E. T.; en ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...) para el letrado patrocinante por Banco de Galicia y Buenos Aires SAU, M. C.; en ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para el letrado patrocinante por la misma parte, I. M. A., y en ...UMA, equivalentes a la fecha a \$... (pesos ...), para su apoderado, R. E. S. (art. 30 y 51, ley 27.423 y Acordada CSJN 21/2021). Se aclara que no se revisan los emolumentos fijados en favor del abogado I. A. N. por cuanto el referido profesional no se encuentra notificado de la regulación de honorarios.

Por todo lo expuesto, se resuelve: a) Rechazar el recurso del actor, confirmar la sentencia recurrida, con costas de Alzada al vencido (cpr. 68). b) Fijar la retribución profesional de acuerdo con lo dispuesto en el punto 10° de este pronunciamiento. Notifíquese electrónicamente, cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/2013 y 24/2013) y devuélvase sin más trámite el expediente en soporte “papel” y digital al Juzgado de origen a través del sistema de Gestión Judicial. El señor Juez doctor Heredia no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 RJN). — *Gerardo G. Vassallo*. — *Juan R. Garibotto*.

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

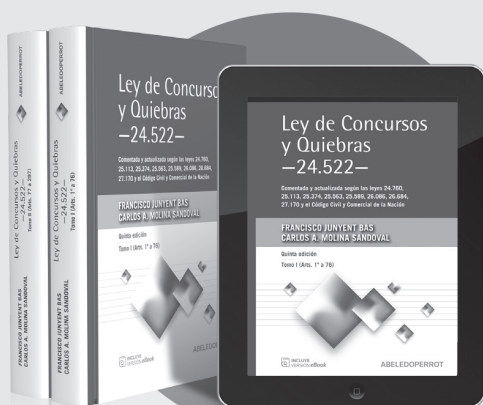
LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS 24.522

Quinta edición

Francisco Junyent Bas •
Carlos A. Molina Sandoval



2021



2 Tomos
Disponible en
papel y eBook.

El objetivo de esta obra es dotar al lector de una guía con los principios y directrices básicas del ordenamiento concursal y dar las respuestas fundamentales para la aplicación práctica de esta rama del Derecho. Esta publicación da respuestas mediante un abordaje concreto de todo el articulado de la ley, además del estudio de cada norma y su correspondiente integración en cada uno de los institutos de la legislación, reseña las principales opiniones doctrinarias, así como también la jurisprudencia pertinente o útil, buscando facilitar la aplicación práctica del estatuto concursal. Para su desarrollo, se ha tenido presente que el Derecho, como ciencia jurídica, debe poner inteligencia en la aplicación de la ley, pero no debe caer en "conceptualismos" excesivos que lo alejen de la realidad.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

 **THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para contadores.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

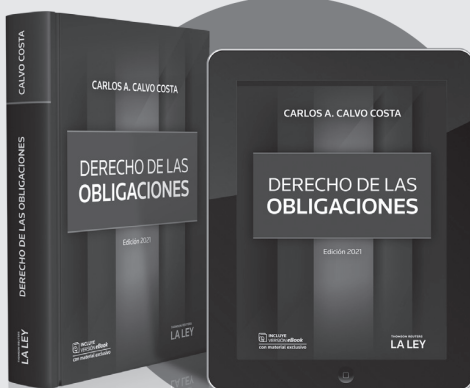
DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

EDICIÓN 2021

Carlos A. Calvo Costa



2021



1 Tomo

Disponible en
papel y en versión
eBook.

La obra se encuentra estructurada de conformidad con los programas de estudio de la mayoría de las carreras de abogacía en las distintas universidades, con dos amplios bloques, lo que facilita el estudio por parte de los alumnos. La primera parte está referida a la Teoría General de la Obligación, donde el lector encontrará el análisis de la relación jurídica de la obligación y sus elementos, los efectos que produce una obligación, incluyendo no solo la ejecución forzada ante su incumplimiento, sino también las medidas y acciones conservatorias del patrimonio del deudor. Contiene también un profundo análisis de las clasificaciones de las obligaciones, tal como la establece el Código Civil y Comercial con la problemática y efectos de cada una de ellas y, además, la difícil cuestión de la transmisión de las obligaciones, como es la cesión de créditos y la transmisión de las deudas, y un profundo análisis de todos los modos extintivos de las obligaciones.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

TRATADO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA



2021

Directores: **Gastón Enrique Bielli •
Carlos Jonathan Ordoñez •
Gabriel Hernán Quadri**



Esta obra
contiene
códigos QR
con material
adicional.



3 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

La presente obra busca analizar la influencia y las formas de trabajo con fuentes de prueba digitales, partiendo de una premisa: la unicidad del fenómeno de la prueba electrónica.

Desde hace algunos años, todas las ramas del Derecho se han visto impactadas por lo tecnológico y esto incide tanto en el ejercicio de la profesión legal como en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales. En orden de brindar al lector un panorama lo más amplio posible, en este trabajo se buscó reunir un equipo de autores especializado cada uno en su ámbito, para que aborden en profundidad las diversas aristas de la cuestión probatoria y en los distintos fueros. El abordaje se efectúa desde una perspectiva teórica, pero también práctica.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

