



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO IV - NÚMERO 14 - DICIEMBRE DE 2021

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **IFUNDIR**
E | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.



DECONOMI

ÍNDICE

Nota del director por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
Doctrina	
“La apertura concursal y el contrato de unión transitoria” por Sofía Carr Rollitt	Pág. 6
“Interrelación entre los poderes de los acreedores, del concursado y del juez en la homologación del acuerdo preventivo” por Javier Cosentino	Pág. 20
“Endeudamiento de personas humanas y economías domésticas. Otras bases sustentadoras de un régimen especial impostergradable.” por Rubén R. Morcecian	Pág. 30
“La pandemia como evento imprevisible en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado” por Facundo Peralta Mariscal	Pág. 51
“La transición energética y la imperiosa necesidad de reforma de la ley nro. 26.123 de Promoción del Hidrógeno” por Eliana Cintia Scasserra	Pág. 84
Fallo comentado	
“Ley penal más benigna ¿La CSJN le puso punto final a la discusión con el fallo ‘Vidal’?” por Juan Manuel Álvarez Echague, Gabriel E. Ludueña, Antonio J. Cricco	Pág. 90
Jurisprudencia condensada	
“Responsabilidad del administrador de la Sociedad Anónima” por María de las Mercedes Marcos	Pág. 107



DECONOMI

Nota del Director

De nuevo nos encontramos para disfrutar de las colaboraciones presentadas por quienes desinteresada y gentilmente nos entregan su producción académica para informarnos, promover el debate y procurar fértiles conclusiones.

La Revista Electrónica del departamento de derecho económico y empresarial UBA permanecerá abierta para la recepción de los trabajos de cualquier Profesor/a que desee colaborar con nosotros.

Agradecido con quiénes ya lo han hecho y reiterando, nuevamente, la invitación a quienes no, celebramos un nuevo cierre anual con el gran regalo que representa este nuevo número hoy difundido.

De nuevo, muchas gracias.

Aprovecho la oportunidad para agradecer también al equipo que me ha acompañado y desear a todos muy felices fiestas y, tal como siempre digo, esperando un gran año nuevo despejado de los nubarrones que imprevistamente han nublado nuestro cielo durante estos últimos años.

Felicidades...!!

Héctor Osvaldo Chómer



“La apertura concursal y el contrato de unión transitoria”

por Sofía Carr Rollitt

1. Tésis del art. 20 de la LCQ

El concurso preventivo es un procedimiento que tiende principalmente a que el deudor consiga -a través de la negociación y eventual acuerdo con sus acreedores- reestructurar su pasivo preconcursal y, por ende, superar aquel estado de cesación de pagos en que se halla inmerso.

Continuar con el normal desarrollo y desenvolvimiento de su actividad económica resulta fundamental para arribar a tal fin -de allí que el concursado conserva la administración de su patrimonio (art. 15 y cc., LCQ)-, ya que de lo contrario difícilmente podría hacer frente al pago de un futuro acuerdo homologado judicialmente con sus acreedores (art. 52, LCQ) y menos aún lograr su recuperación definitiva (art. 59 y cc., LCQ).

Es en este marco donde adquieren especial relevancia los efectos que produce la apertura de un procedimiento concursal sobre los contratos celebrados -y en curso- por el deudor insolvente.

En tal sentido, la factibilidad o no de preservación de la empresa como unidad económica, se halla íntimamente vinculada, entre otras cosas, a la posibilidad de cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales asumidas.

Es por tal motivo que la ley 24.522 en su art. 20 faculta al concursado a continuar ciertos contratos que se hallan en curso de ejecución.

Puede afirmarse entonces que la presentación en concurso preventivo no resuelve *ipso iure* los contratos suscriptos por el deudor, pudiendo éste optar por su continuación o extinción.

Debe aclararse, sin embargo, que no todos los contratos en curso de ejecución quedarán comprendidos en este precepto. La propia normativa dispone que esta posibilidad se encuentra prevista únicamente para aquellos contratos en los que, a la fecha de la presentación en concurso, hubieren “prestaciones recíprocas pendientes”.



DECONOMI

Siguiendo tales lineamientos, para que resulte operativa la norma en análisis, deberán presentarse los siguientes recaudos:

- (i) debe tratarse de contratos que se encuentren en curso de ejecución,
- (ii) deben haberse celebrado con anterioridad a la presentación en concurso y,
- (iii) las prestaciones allí prometidas deben encontrarse pendientes de cumplimiento.

2. “Prestaciones recíprocas pendientes”

Debemos señalar que no existe consenso en la doctrina en cuanto al alcance material que cabe asignarle al art. 20 de la LCQ y la razón de ello, es que la locución “prestaciones recíprocas pendientes” no es lo suficientemente ilustrativa a fines de determinar si refiere a los contratos instantáneos y a los continuados o fluyentes (como podría ser, un contrato de locación o de suministro) o bien únicamente a los primeros.

a. Contratos comprendidos

Hasta aquí dijimos que la norma supone, por un lado contratos bilaterales, esto es, generadores de obligaciones recíprocas y de otro, no cumplidos por ninguna de las partes por hallarse pendientes en su ejecución¹.

Ahora bien, siendo exigencia de la norma que se trate de contratos en curso de ejecución, es indispensable que podamos diferenciar los posibles momentos de cumplimiento de los contratos.

Recordemos entonces que los contratos pueden ser clasificados del siguiente modo: de ejecución instantánea, diferida y, continuada.

Como explican Borda y Spota², la diferencia entre ellos radica en que:

¹CNCom, Sala A, 4.10.16, “Equipos Integrales Metametalicos s/ concurso prev s/ inc art 250”



DECONOMI

- (i) en un contrato de cumplimiento instantáneo las prestaciones que incumben a cada parte se realizan coetáneamente, es decir en el momento mismo del contrato.
- (ii) en un contrato de ejecución diferida, las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior (vgr. puede estar sometido a una condición, o a un evento incierto y futuro) y;
- (iii) en un contrato de cumplimiento continuado o periódico o también llamado de tracto sucesivo, existe una ejecución periódica o fluyente y repetida.

Tal como hemos señalado antes la doctrina no es pacífica sobre este asunto, así están quienes sostienen que la norma se aplica tanto a los contratos de ejecución diferida, como a los contratos de ejecución continuada³, y de otro lado, quienes sostienen que la norma resulta aplicable únicamente a los contratos de ejecución diferida y no a los de ejecución continuada o fluyente, en tanto, según señalan, en los últimos las prestaciones se reiteran y, en consecuencia, no se encuentran pendientes y diferidas en el tiempo⁴. Ésta última es la línea seguida por la jurisprudencia del fuero comercial, donde se ha precisado que los contratos de ejecución continuada y fluyente se oponen a los de inmediata ejecución y no pueden ser incluidos en la norma del art. 20 pues allí las prestaciones se repiten⁵.

Por nuestra parte entendemos que ésta última es la postura correcta. Es que si partimos de la base de que el contrato de tracto sucesivo no

²Spota, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, Vol.1, p. 214/216; Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Perrot, Obligaciones II, p. 127/128.

³Martorell, E. *Ley de Concursos y Quiebras Comentada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 750; Cámara, H. *El concurso preventivo y la quiebra*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 538.

⁴Fassi-Gebhardt, *Concursos y quiebras*, comentario exegético de la ley 24.522, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 96, Rivera-Roitman-Vítolo, "*Ley de concursos y quiebras*", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 558.

⁵CNCom, Sala A, 23.595, "Cencosud SA c/ Siama SA", Sala F, "Sociedad Española de Beneficencia s/Concurso Preventivo s/ inc. de revisión por Cía. San Jorge de Carrujes SA", del 28/8/92; íd, CNCom., Sala B, "Xerox Argentina SA c/ Noel Cía. SA s/ Ordinario", del 10/4/90 y Sala A, "Cencosud SA c/ Siame SA", del 23/5/95).



DECONOMI

se agota una vez cumplida la prestación a cargo de las partes, sino que, por el contrario, su ejecución se va cumpliendo a través del tiempo en prestaciones similares pero de manera individual y distinta reiterándose periódicamente, no es posible entender que existan prestaciones reciprocas pendientes en los términos del art. 20 de la LCQ.

b. Supuestos excluidos de la norma:

Hemos visto hasta aquí que la pendencia de prestaciones implica -sustancialmente- que ambos contratantes adeudan el cumplimiento de la prestación a su cargo. Partiendo de esta premisa, resulta lógico que las siguientes hipótesis queden excluidas de la norma:

-Cumplimiento mutuo: si las prestaciones han sido debidamente cumplidas por ambos contratantes al momento de la apertura concursal, entonces quedarán fuera del art. 20 por ser situaciones consolidadas patrimonialmente ⁶.

-Cumplimiento del co-contratante *in bonis*: si se trata de un contrato en el que solamente queda pendiente la prestación que le incumbe al deudor, la convocatoria de acreedores formalizada por este último sujeta a aquel a la carga de verificar los créditos emergentes de las obligaciones a cargo del concursado⁷.

-Cumplimiento del sujeto concursado: en este último supuesto cabe al contratante *in bonis* hacer efectiva íntegramente sus prestaciones.

3. Trámite. La autorización judicial.

Ya ha sido señalado que la convocatoria de acreedores no resuelve *per se* los contratos en curso de ejecución, lo que sucede en cambio, es que

⁶ Roitman, H. *Efectos del Concurso Preventivo sobre las relaciones jurídicas preexistentes*, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 2005, p. 54.

⁷ Heredia, P., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2004, t 1, p. 510.



DECONOMI

aquellos se suspenden a la espera de que el deudor opte o bien por su continuación o por su resolución⁸.

En tal orden de ideas, si el deudor decidiera proseguir con el contrato cuyas prestaciones recíprocas se hallan pendientes de cumplimiento, la ley le impone una única exigencia, cuál es, requerir la autorización del juez.

El concursado cuenta con un plazo de 30 días hábiles judiciales desde la resolución de apertura del concurso preventivo para petitionar la correspondiente autorización.

Aclárase, empero, que no se trata de un plazo perentorio, es decir, su vencimiento no apareja la resolución del contrato. Como señala Heredia, mientras el tercero no haya manifestado su decisión de resolver el contrato, el concursado puede igualmente obtener la autorización para continuarlo⁹.

Debe quedar en claro que sólo el concursado tiene la legitimación para solicitar la autorización de continuación del contrato, por lo que, ni el contratante *in bonis*, ni el síndico podrán requerirla en su lugar.

Una vez petitionada la autorización, el juez deberá expedirse -previa vista al síndico- autorizando o denegando la solicitud del concursado.

De autorizarse la continuación, el concursado estará obligado a satisfacer aquellas prestaciones que adeudare al co-contratante *in bonis* previo a la fecha de presentación en concurso preventivo tal como dispone el segundo párrafo del art. 20.

Algunos autores señalan que al obligarse al tercero a continuar el contrato, como contrapartida se le otorga un “hiperprivilegio” que consiste en exceptuarlo de la carga de verificar su crédito¹⁰.

¿Y qué sucede si habiéndose autorizado la continuación del contrato el concursado no cumple con la prestación a su cargo?, la respuesta es sencilla, el contrato se tendrá por resuelto.

⁸Tonon, A., *Derecho Concursal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, t 1, p. 220.

⁹Heredia, p., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000, t 1, p. 517.

¹⁰Maza, A.- Lorente, J., *Créditos Laborales en el concurso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, P. 253.



DECONOMI

Aun así, las prestaciones cumplidas por el tercero gozarán de la preferencia de los gastos de conservación y justicia (art. 240, LCQ) tal como lo dispone el último párrafo de la norma.

Debe precisarse por último que la resolución que autoriza la continuación del contrato es inapelable (art. 273, inc. 3, LCQ).

4. Facultad resolutoria del tercero co-contratante

Transcurrido el plazo de treinta días sin que el deudor hubiera ejercido la facultad antes citada, el tercero co-contratante *in bonis* podrá -ahora si- optar por la continuación o resolución del vínculo contractual.

Debemos aclarar, sin embargo, que de optarse por exigir el cumplimiento de las prestaciones prometidas, el tercero contratante, no podrá escapar a los efectos de la concursabilidad, por lo cual su reclamo deberá encausarse mediante la verificación del crédito (art. 32, LCQ)¹¹.

5. Supuesto de los contratos de colaboración empresaria: Actualidad en el Código Civil y Comercial.

En el campo empresarial los vínculos de colaboración posibilitan un alto grado de dinamismo y flexibilidad mediante alianzas tácticas o estratégicas entre empresas. Permiten que aquellas puedan cooperar en obtener información, en comprar o vender, en investigar, en participar en los negocios recíprocos, en inversiones específicas, todo ello sin tener que constituir una sociedad¹².

Mediante la ley 22.903 se incorporó a la Ley de Sociedades bajo la denominación “de los contratos de colaboración empresaria” el régimen de las agrupaciones de colaboración, hasta ese momento inexistente. La regulación

¹¹Heredia, P., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000, T. 1, p. 520.

¹²Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VII, p. 345.



DECONOMI

normativa de los arts. 367 a 383 abarcó tanto a las agrupaciones de colaboración (ACE) como a las uniones transitorias (UT).

La integración del régimen de los contratos asociativos al texto normativo de la ley de sociedades, dio lugar a largos debates acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de agrupaciones. Mientras parte de la doctrina insistía en su naturaleza societaria con sustento en las similitudes que guardan estos contratos asociativos con las sociedades, otra parte de la doctrina, y en definitiva la mayoría de la jurisprudencia, negó categóricamente esta interpretación al señalar que la propia normativa descartó esta posibilidad cuando dispuso de forma expresa que las uniones transitorias “*no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho*” (art. 377 *in fine*).

Con la sanción del actual Código Civil y Comercial, que en definitiva deroga la totalidad del capítulo III de la ley 19.550 que regulaba a los contratos de colaboración empresaria, la discusión ha quedado zanjada.

Actualmente el capítulo 16 del título IV del Código, referido a los contratos en particular, se encarga de regular a las agrupaciones de colaboración (ACE), las uniones transitorias (UT) y a los consorcios de cooperación y ha descartado categóricamente la posibilidad de constituir a través de ellos, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho (art. 1442, CCivCom).

Ya centrándonos en las uniones transitorias de empresas podemos señalar que, tal como lo establecía la ley de sociedades en su art. 377, y fue receptado por el actual Código de fondo (art. 1463), aquellas nacen de un contrato plurilateral, mediante el cual las partes (debiendo entenderse que dicha locución comprende tanto a personas jurídicas como humanas, excluyéndose, claro, a las asociaciones y fundaciones, quienes tienen vedadas las actividades lucrativas) se unen para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República.

En otras palabras, se trata de un régimen contractual que contempla la reunión de las partes en forma transitoria, con la finalidad de reagrupar los recursos propios para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o



DECONOMI

suministro concreto, sin que dicha relación implique la creación de una nueva empresa.

Actualmente, el contrato de UT está previsto en los arts. 1463 a 1469 del CCCN. Por lo demás, el art. 1467 repite el mismo principio sentado en la ley anterior al establecer que, salvo disposición en contrario, no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros¹³.

Entre las características de este contrato podemos mencionar las siguientes; (i) se trata de un contrato plurilateral, (ii) transitorio, dado que su plazo de vigencia se encuentra directamente vinculado al tiempo que conllevará la ejecución de su objeto, sin perjuicio de lo breve o extenso que pueda ser el mismo, (iii) debe tener un fin, un objeto determinado (que no es lo mismo que decir único)¹⁴, véase que la norma refiere al desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, debiendo entenderse que la expresión “concreto” alcanza a todos los supuestos citados y, (iv) es de coordinación, ya que su finalidad es organizar operaciones en las que sociedades tienen total o parcialmente intereses comunes, con un reparto o división de trabajo entre los partícipes¹⁵.

En cuanto a las estipulaciones que debe contener el instrumento constitutivo de U.T. de acuerdo al art. 1464, son:

- El objeto (con determinación concreta de la/s obras, servicios o suministro y los medios para su realización).
- La duración.
- La denominación.
- El nombre, razón social o denominación, domicilio y datos registrales de cada miembro.

¹³CNCom., Sala C, 23.8.16, “Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. c/ Norobras CCSA y otros s/ ordinario”.

¹⁴Heredia, P., *Uniones Transitorias*, en Código Civil y Comercial comentado, obra dirigida por Lorenzetti, R., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VII, p. 450.

¹⁵Zaldivar, E., *Contratos de Colaboración Empresaria*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 176.



DECONOMI

- La constitución de un domicilio especial.
- Las obligaciones asumidas y contribuciones debidas al fondo común operativo.
- El nombre y domicilio del representante que puede ser persona humana o jurídica.
- El método para determinar la participación de las partes en la distribución de ingresos y asunción de gastos y sus resultados.
- Los supuestos de separación, exclusión y extinción del contrato.
- Los supuestos de admisión de nuevos miembros.
- Las sanciones por incumplimiento.
- Las normas para la elaboración de estados de situación y contables.

6. Efectos de la presentación en concurso de un participante sobre el contrato de U.T.

El art. 1469 del Código Civil y Comercial dispuso que en supuestos de quiebra, muerte o incapacidad de una de las partes de la unión transitoria, el contrato no se extingue siempre y cuando las restantes partes acuerden la manera de hacerse cargo.

Como explica Heredia, el código lo dice de manera negativa pero en realidad el efecto extintivo sí existe y solamente se evita acordando las partes de la manera que establece el artículo en análisis¹⁶.

Veremos entonces que en el supuesto de quiebra, se admite la resolución parcial del contrato, exceptuando lo previsto por el artículo 147 de la LCQ, debiendo para ello las partes *in bonis* acordar la forma de hacerse cargo de las prestaciones.

Distinto es lo que acontece en el supuesto de concursarse preventivamente alguno de los miembros de la U.T., en tanto nada se ha previsto al respecto en el Código.

¹⁶Heredia, P., Uniones Transitorias, en *Código Civil y Comercial comentado*, en la obra Dirigida por Lorenzetti, R., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t VII, p. 471.



DECONOMI

Entendemos que en tal supuesto cobran especial relevancia las previsiones contractuales dispuestas por las partes, así como las reglas contenidas en el ordenamiento concursal.

Es una práctica común que en los contratos de Unión Transitoria las partes prevean la resolución del contrato para el supuesto de que alguno de los integrantes se concursare preventivamente.

Es por ello que parte de la doctrina tiene dicho que, si la resolución fue prevista, debe aplicarse lisa y llanamente dicha cláusula, no correspondiendo, en cambio, aplicar el procedimiento del art. 20, LCQ. Afirman tales autores, que no es posible nulificar una estipulación contractual que autorice a resolver la relación jurídica, sencillamente porque la normativa en análisis no contemple dicha situación, pero además porque la resolución del vínculo del miembro concursado es también un remedio muchas veces imprescindible para garantizar la razón de ser del contrato.

Por el contrario -señalan- de no existir previsión contractual al respecto, en tal caso, si resulta adecuado aplicar lo previsto en el art. 20, LCQ¹⁷.

Nosotros entendemos, sin embargo, que amén de si las partes previeron o no la resolución del contrato en caso de concursamiento, el mecanismo del art. 20, LCQ no es aplicable a los contratos de U.T.

Hemos señalado al comenzar este capítulo que la presentación en concurso no resuelve los contratos en curso ejecución que tuvieran prestaciones pendientes de cumplimiento. Como dijimos, debe tratarse de una relación bilateral con obligaciones correspectivas.

También explicamos, que el contrato de U.T. es un contrato de colaboración, plurilateral, consensual, oneroso, transitorio y que tiene por finalidad el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro determinado.

¹⁷Zaldivar, E. y otros, *Contratos de Colaboración Empresaria*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 231/232.



DECONOMI

Por ende, en la unión transitoria hay un vínculo con un tercero al que se quiere prestar una obra, servicio o suministro y para hacerlo las partes coordinan sus esfuerzos. Se trata de una integración parcial con fines de coordinación¹⁸.

No debe asimilarse entonces los contratos de colaboración a los contratos de cambio, siendo éstos últimos los que se encuentran alcanzados por la norma en cuestión.

Es que, en los primeros sus cláusulas se encuentran dirigidas a establecer la coordinación, cooperación o gestión común de relaciones jurídicas, fondo operativo común, coordinación de acciones, mientras que en los segundos el objeto se concreta en prestaciones recíprocamente convenidas, o unilateralmente prometidas, constituyendo la causa fin del contrato para cada una de las partes la prestación comprometida por la otra parte.

La causa fin en los contratos asociativos es la finalidad común, que no incluye entrega o intercambio recíproco de prestaciones. Las partes, en lugar de contraponerse, pactan unirse con una finalidad común sin dejar de lado sus intereses personales, colaboran con aportes y servicios a un objetivo o fin común¹⁹.

Obsérvese que López de Zavalía explicaba la bilateralidad, no en función de la existencia de partes, sino a la reciprocidad de sus efectos, indudablemente aludiendo al contrato de cambio o intercambio²⁰.

En definitiva, la expresión “*prestaciones recíprocas*” exige que medie entre ellas el vínculo de interacción propio de la reciprocidad obligatoria, es decir, que sea de ambos lados²¹.

¹⁸Lorenezetti, R., *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 200, T. III, p. 285.

¹⁹Muguillo, R., *Contratos Civiles y Comerciales*, Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 8.

²⁰Etcheverry, R., *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 85/86.

²¹Lopez de Zavalía, F., *Teoría de los contratos*, parte general, Buenos Aires, 1971, p. 365, citado en, Heredia, P., *Tratado Exegético de Derecho concursal*, Ed. Abaco, 2000, T. 1, p. 511.



DECONOMI

Por lo demás, la ejecución continuada, perdurable en el tiempo, característica de estos contratos, se contrapone a los contratos cuya ejecución es de cumplimiento instantáneo.

Véase que los contratos de organización, por su propia naturaleza, suponen una relación comercial sujeta a un desenvolvimiento continuado, es decir, necesariamente debe tratarse de un contrato de duración. El tiempo constituye un elemento esencial, en el sentido de que en estos contratos resulta impensable, lógica y fácticamente su cumplimiento en una ejecución única o instantánea. Cierta duración en el vínculo obligatorio es condición esencial para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad que las indujo a contratar²².

La norma por el contrario aprehende a un estado en el que se encuentra el contrato que queda definido por la existencia de prestaciones a cargo del concursado y del tercero contratante que no se encuentran ejecutadas porque no llegó el momento para ello²³.

Aparece claro que en este tipo de contratos no están dadas las condiciones para que resulten aplicables las previsiones contenidas en el art. 20, LCQ.

Debemos señalar de todos modos, que si por el contrario, entendiésemos que es aplicable tal preceptiva, tampoco parece posible sostener que las partes convencionalmente puedan dejar sin efecto lo dispuesto por una norma de orden público.

Como enseña Rouillon, una vez puesto en funcionamiento el mecanismo concursal, la normativa de derecho común pierde vigencia y se tornan inaplicables las normas sobre incumplimiento contractual y, por aplicación del art. 22, es nula toda cláusula contractual que prevea la

²²Farina, J., *Contratos comerciales modernos*, Ed., Astrea, Buenos Aires, 2015, T. 2, p. 417.

²³García Cuerva, H., *Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a explotación comercial*, LL 1978-A, pág. 798.



DECONOMI

inoperancia de la norma del art. 20, por ejemplo la que prevea la resolución del contrato por el concurso de una de las partes²⁴.

No debemos perder de vista que la legislación concursal Argentina tiene, entre otras características, la de ser imperativa, y por ende, la mayoría de las normas concursales prevalecen sobre cualquier acuerdo en contrario de particulares²⁵.

Por lo tanto, si pierden vigencia tanto las normas legales de derecho común como las eventuales cláusulas contractuales que facultaban la resolución por incumplimiento, el contratante *in bonis* tendrá que atenerse a la normativa concursal²⁶.

7. Conclusiones

Como corolario de lo hasta aquí expuesto podemos afirmar que, en supuesto de concursarse un integrante de una unión transitoria, el contrato no quedará suspendido a las resultas de que el concursado opte por su continuación o resolución, ya que la facultad que otorga el art. 20, LCQ no alcanza a este tipo de contratos.

De otro lado, y siguiendo la regla del artículo 145, LCQ, -extensible al concurso preventivo, en cuanto dispone que son inaplicables las normas legales o contractuales que autorizan la resolución por incumplimiento cuando esa resolución no se produjo efectivamente o demandó judicialmente antes de la resolución de apertura-, entendemos que, si antes de la presentación en concurso el contrato no fue resuelto, no se podrá hacerlo luego de la apertura de aquél, aun cuando ello haya sido previsto contractualmente.

Y así, dado que el contrato bajo análisis es de ejecución continuada, una vez dispuesta la apertura del concurso, el co-contratante *in bonis* deberá presentarse a verificar las prestaciones adeudadas y, por otro lado seguir

²⁴Rouillon, A., *Código de Comercio*, comentado y anotado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 294.

²⁵Rouillon, A., *Régimen de Concursos y Quiebras*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 37/38

²⁶Tonón, *Derecho Concursal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 215.



DECONOMI

prestando las obligaciones que se devenguen con posterioridad al concurso, pudiendo claro exigir al deudor la contraprestación que corresponda por encontrarse aquellas excluidas de los efectos del proceso.



DECONOMI

“Interrelación entre los poderes de los acreedores, del concursado y del juez en la homologación del acuerdo preventivo”

por Javier Cosentino

1. Introducción

En tiempos de pandemia, se ha tornado evidente la dificultad para conceptualizar como abusiva una propuesta de acuerdo formulada por el concursado. En este marco, debe profundizarse el análisis a partir de las distintas perspectivas que se generan para los distintos actores en juego.

Para el deudor, para quien el mejor sistema concursal es aquel que le permite refinanciar sus deudas en las mejores condiciones, sus perspectivas pasan por las efectivas posibilidades de cumplimiento; para el acreedor, sus efectivas posibilidades de cobro de su crédito en la mayor medida y rapidez posible; para el juez, no solo el equilibrio entre ambos intereses sino también la conservación de empresas viables, la preservación de las fuentes de trabajo y del medio ambiente, la obtención de las mayorías legales y otros.

Se trata de avanzar en estos tópicos, con la finalidad de ampliar la mirada sobre la cuestión de la abusividad de la propuesta, que implica bastante más que constreñirse a un porcentaje de pago, y con una final propuesta de modificación legislativa en torno a la posibilidad de renegociar el acuerdo en determinadas circunstancias excepcionales.

2. El acreedor

Una de las aplicaciones del principio de igualdad de los acreedores en situación de concurso, es aquella que les impone la carga de concurrencia a solicitar la verificación de sus créditos en la medida en que deseen participar de la convocatoria.



DECONOMI

Sin embargo, algunos pueden participar sin que necesariamente deban pasar por el procedimiento de la verificación, como en el caso de los acreedores laborales con derecho de pronto pago.

Los acreedores posconcursoales no solo no tienen obligación de concurrir a insinuarse sino que por más que intenten participar del concurso, no serán admitidos por muchas buenas intenciones que tengan.

¿Y aquellos que posean una garantía real? Estos acreedores en su caso podrán promover o continuar con la ejecución una vez que acrediten haber presentado la petición de verificación y su privilegio, según LCQ:21, norma que excluye tales ejecuciones del fuero de atracción, cuestión que entendemos errónea dado que nadie mejor que el juez concursal para intervenir en todas las circunstancias atinentes a la ejecución de un bien que suele ser de la mayor relevancia para la continuación de actividad, ya que por lo general se trata de inmuebles. El legislador reformista de 2006 siguió en este caso lo resuelto en el fallo plenario “Avan” (9.4.01) de la Cámara Comercial Nacional, que también erróneamente había dispuesto la exclusión de ejecución de garantías reales del fuero de atracción.

¿Y aquellos que además de garantía real, poseen facultades para ejecutar mediante remate extrajudicial? La LCQ:23 solo les impone rendir cuentas ante el concurso, mas no existe disposición que exima a estos acreedores del principio genérico de concurrencia, aunque es cuestión discutible en la medida que dicha norma no dispone la necesidad de insinuarse como lo hace el art. 21 respecto del supuesto comentado en el párrafo antecedente.

Ahora bien, ¿qué incidencia tendrán a los fines de la obtención de las conformidades? ¿Facilitarán el acceso a la solución preventiva o se convertirán en un escollo?

Ya señalamos que los acreedores en general preferirán un sistema que les permita cobrar la totalidad o la mayoría de su crédito con el menor sacrificio posible. Pero las posiciones que adopten serán distintas según su ubicación en el pasivo.



DECONOMI

Piénsese por ejemplo en un acreedor que concurre con una sentencia obtenida luego de un larguísimo juicio ordinario, en donde ha sufrido todo tipo de artimañas procesales y a quien le suspenden el procedimiento de la ejecución el mismo día del remate por la apertura del concurso. Pareciera que esta persona humana, que además ha tenido que pagar todos los gastos y honorarios de su letrado, no se halla en disposición de aceptar cualquier propuesta que le hagan.

Claro que su posición será de extrema fortaleza si se tratara del único acreedor verificado o si tuviera un crédito de tamaño entidad en el pasivo que fuera indispensable su conformidad.

Aunque no siempre será así, ya que la significancia que pueda poseer el activo liquidable, será otro parámetro importante a la hora de decidirse por la conformidad. En el caso concreto, el asesoramiento del letrado, quien eventualmente deberá hacer las veces de asistente psicológico, será fundamental. Seguramente a esta persona no le parecerá atractiva una propuesta de pago del 40%, por ejemplo, pero será preferible a no cobrar nada.

Otros acreedores se mostrarán proclives a aceptar propuestas más bajas, ya sea con una finalidad altruista o para poder continuar comerciando sin ingresar en la cadena cesante.

Algunos pretenderán cobrar el 100% (o más si pudieran).

Otros le dirán al concursado: “esta es mi propuesta, pero si no le gusta, no tengo otra”, como los organismos fiscales en general, que además obligan a la realización de largos trámites a fin de evaluar el otorgamiento de la conformidad, a los cuales el concursado suele llegar tarde acosado por el vencimiento del período de exclusividad y con cierta falta de diligencia.

Los acreedores en moneda extranjera pretenderán que se les pague en moneda extranjera, porque cobrar en pesos decir s al cambio oficial y encima con quita y espera, no parece un gran negocio.

A los acreedores privilegiados con garantía real, poco les importa la suerte del concurso.



DECONOMI

Y entre los acreedores laborales estarán aquellos que ya se retiraron de la empresa y que esperan la homologación para exigir el pago de sus créditos privilegiados, y aquellos que aún continúan prestando sus servicios y que ven la cuestión a través del prisma de la continuidad de la fuente de trabajo.

Es entonces que el deudor puede encontrarse frente a un aquelarre de acreedores con intereses muy diversos, e incluso acreedores cuyas intenciones no consistan en cobrar sus acreencias sino en hacer desaparecer a un competidor del mercado o presionarlo para obtener indebidas ventajas, aunque ello nos lleva de la mano a la espinosa cuestión del acreedor hostil que no es propia de este trabajo.

3. El concursado

La legislación anterior 19.551 solo posibilitaba tratar el pasivo unificado. Ante el panorama descrito, ha sido un acierto la introducción en la ley 24.522 de la posibilidad que se le otorga al concursado de categorizar los créditos a su opción, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que ello no es obligatorio por más que el art. 41 luzca imperativo.

Solo se exige que sea fundada y razonable, es decir que los créditos aparezcan agrupados en base a elementos homogéneos de modo que pese a su discriminación, se verifique la continuidad del principio de igualdad de acreedores que tiene sustento en el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16) y su adecuada interpretación, esto es igualdad entre iguales.

Claro que si el concursado desea tratar su pasivo de manera unificada, bueno, como dijimos, es de su exclusiva incumbencia. Pero desde estas páginas llamamos la atención sobre una situación conflictiva que genera diversos tropiezos en el trámite del concurso.

En tal situación intervienen siempre los mismos personajes: el concursado no categorizante, el juez expectante, y el acreedor que suele conocerse como "AFIP", presente en todo proceso concursal. Ocurre que tarde



DECONOMI

se da cuenta el deudor de que si trata su pasivo sin divisiones, necesitará indispensablemente la conformidad de dicho acreedor, ya que sin su conformidad no alcanzará las mayorías legales por la importante incidencia que habitualmente posee en el pasivo quirografario. Y resulta que la AFIP no dará su conformidad si no es a la propuesta que ella misma formula en sus planes. Y también resulta que esa propuesta no es la que los demás acreedores están dispuestos a conformar.

En este marco, el concursado corre al juzgado a pedirle al juez que saque a este acreedor de la base de cómputo. En épocas pasadas, la AFIP exigía resolución de homologación para otorgar conformidad con planes de facilidades de pago para concursados: el huevo y la gallina, porque no se podía homologar si no había conformidad.

Actualmente la situación es diferente, ya que el organismo recaudador, luego de ciertas evaluaciones, se expide concretamente por el otorgamiento de la conformidad. Surge entonces el interrogante válido: ¿qué motivo hay para excluir a dicho acreedor de la posibilidad de brindar -o no- su conformidad?

En general he visto que el entuerto se soluciona mediante lo que se ha dado en llamar la “categorización in extremis”, por la cual los tribunales admiten una categorización extemporánea o directamente la proveen de oficio, conducta que a nadie perjudica y en definitiva permite salvar la convocatoria.

Ahora, delimitado el pasivo y categorizado o no, el concursado debe delinear la propuesta que hará a sus acreedores, para lo cual se interrogará probablemente sobre los siguientes tópicos, colocándonos ahora en primera persona:

- a) ¿Cuánto puedo pagar?
- b) ¿Cuánto quiero pagar?
- c) ¿Cuánto me aceptarán mis acreedores?
- d) ¿Cuánto me aceptará el juez?

Entendemos que en las respuestas -inevitablemente entrelazadas- a tales preguntas se encuentra la médula de esta sencilla exposición. No



DECONOMI

advertimos óbice a que el deudor pretenda cancelar sus deudas en menor medida de la que puede. Ello exigirá mayor sacrificio de parte de sus acreedores, pero ellos lo aceptarán. O no, y entonces el concursado se verá obligado a elevar su oferta, y quizás tentado a hacer una propuesta que incluso supere lo que pueda pagar.

Acá pasamos al punto siguiente, que mucho tiene que ver con el interrogante d) recién indicado.

4. El juez

En el sistema de la ley 19.551 que rigió hasta mediados de los 90, el juez evaluaba la conveniencia del acuerdo para el interés público formulando un examen de mérito en donde el logro de las mayorías legales era un elemento más a considerar. Recuérdense los casos Sasetru o Resero - revocado en segunda instancia-, en donde no se homologó el acuerdo pese a la existencia de mayorías. Además, existía en dicha norma una base objetiva respecto de la propuesta: la quita no podía superar el 60% del crédito.

Esto no dejaba lugar a evaluaciones sobre abusividad. En principio. Y decimos en principio porque la eterna inflación que nos aqueja desvirtuó ese parámetro pretendidamente objetivo, y entonces comenzaron a aparecer métodos para ponderar si el deudor pagaba efectivamente aquello a lo cual se había comprometido, desde el valor presente de los créditos (precedente Arcángel Maggio) hasta los testeos de abusividad actuales.

En la legislación actual el juez debe homologar el acuerdo si están reunidas las mayorías legales y no hubo impugnaciones, salvo propuesta abusiva. La ley 24.522 le “marca la cancha” en el sentido de que ahora es preponderante la voluntad de los acreedores a la hora de expedirse por la homologación, aunque siempre conserva sus facultades de control general del orden jurídico.

Claro que como indicamos, actualmente debe evaluarse eso de la propuesta abusiva, para lo cual hay que recurrir a parámetros que deben



DECONOMI

buscarse en todo el ordenamiento legal ya que la ley aparece un tanto “floja de papeles” en este aspecto.

Por lo pronto, notamos que para el juez, un primer test de abusividad se desprende de su expresividad facial. Cuanto más frunza el ceño, más abusiva la considerará. Y esta primera evaluación suele plantearse en términos estrictamente aritméticos: es poco y punto. Si está en la duda, lo complementará con un “a ver qué dice el síndico”.

Desde ya que un magistrado responsable acudirá a los elementos que indicamos, valor actual de los créditos, testeos de abusividad y otros (desde ya que no debe convertirse en un “hacedor de propuestas”, como hemos visto en algún supuesto). Y luego en su caso determinará el cauce procesal para enderezar el concurso si entiende que se verifica un supuesto de propuesta abusiva.

Aquí nos encontramos ante un problema, porque el momento para evaluar dicha situación es la oportunidad de expedirse por la homologación. Entendemos que no existe inconveniente en que el juez haga uso de sus amplias facultades ordenatorias que en materia de concursos y quiebras le otorga la ley, y así podrá, por ejemplo, llamar a audiencia al concursado a fin de evacuar las dudas que tuviere o indagarlo acerca de los parámetros que tuvo en cuenta para formular la propuesta, si eventualmente se halla en condiciones de mejorarla, etc. Pero deberá ser prudente, porque siempre sobrevuela en estos casos el fantasma del prejuizgamiento.

Aunque la ley no le da otras opciones al juez mas que homologar el concurso o quebrar -salvo salvataje art. 48-, al amparo del principio de conservación de la empresa se originó la denominada “tercera vía”, recurso según el cual el juez no homologa porque considera que la propuesta es abusiva pero tampoco decreta la quiebra, otorgándole posibilidad al deudor para que salga de esa situación de abusividad y retorne al cauce legal mejorando su propuesta y todos contentos.

¿Merece acceder a la solución preventiva quien comprobadamente ha violado el orden público?



DECONOMI

Pareciera que no, mas existen otras consideraciones que no deben soslayarse y que por el contrario, deben tenerse expresamente en cuenta. Señalamos entre ellas la envergadura de la empresa, actividad que realiza, posibilidades de ingresar al salvataje, posibilidades de cobro en una eventual quiebra y sobre todo, su carácter de dadora de fuentes de trabajo, circunstancia que fue adquiriendo mayor relevancia a medida que se fue modificando el texto originario de la ley 24.522 y que no podemos hoy desconocer, por más que muchas veces se quiera hacer aparecer a los trabajadores como un mero apéndice atado a la suerte del empresario.

Es así que en la evaluación conjunta de todos estos antecedentes, entendemos que debiera primar el interés superior de la comunidad en general por sobre el individual del empresario, que en definitiva en el ranking de protección derivado de la situación concursal -y de la dogmática concursal-, ocupa un lugar secundario.

Y llegado este punto, queremos poner el acento en una circunstancia más que debe ser tenida en cuenta al momento de formar juicio sobre una propuesta que pueda catalogarse como abusiva. Esto es, la consecución de las mayorías legales.

Una propuesta que en una evaluación apriorística pueda considerarse abusiva, ¿mutará en un juicio definitivo si el concursado consigue la adhesión unánime del universo de sus acreedores? ¿Se moverá el amperímetro a medida que vayan disminuyendo los porcentajes de aprobación? ¿Y si se han logrado ajustadamente las mayorías legales, pero nadie formuló reclamo alguno?

¿Podría preverse una mejora parcial para quienes no dieron conformidad o eventualmente comparezcan tardíamente?

Volvamos a eso que señalamos en párrafos precedentes en torno a la posibilidad de que el concursado, en este caso ante una exigencia del juzgado, se vea tentado a formular propuestas que sabe que no podrá cumplir. Porque visto desde otro lado, ello también puede ser abusivo ya que se mantendrá la expectativa para que finalmente lo más probable es que nadie cobre nada o migajas, en referencia específica a acreedores quirografarios.



DECONOMI

Y de ahí la relevancia de exigir un plan de empresa que lamentablemente y por más esfuerzos interpretativos que se hagan respecto de lo que señala la LCQ:45, hoy no existe en nuestro medio.

Nada sencillo es, entonces, responder al interrogante que eventualmente se hará el concursado cuando con las conformidades en la mano, se pregunte si el juez le aceptará la propuesta.

5. Finalmente (I)

La propuesta abusiva de hoy puede ser la propuesta no abusiva de mañana. No medimos con los mismos parámetros una propuesta hecha antes de marzo de 2020 que una efectuada en un escenario mucho más complejo como lo es aquel derivado de la emergencia sanitaria.

En todo caso, ¿a quién debe amparar el sistema concursal? El deudor responsable debe proponer algo que pueda cumplir. Por principio el acreedor podrá hacer lo que quiera con su conformidad, pero es responsable de evaluar su propia conveniencia y de informarse a esos fines, siéndole aplicable el estándar del art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Y el juez habrá de tener especial cuidado a la hora de considerar una situación de abusividad, para lo cual deberá ponderar todas aquellas pautas indicadas, y no solamente la protección de acreedores disidentes o no comparecientes.

6. Finalmente (II)

Al homologar el acuerdo, el juez confirma y da fuerza legal a las propuestas conformadas libremente, sin que pueda alterar el contenido de lo votado; así es que una vez homologado, el acuerdo posee eficacia universal y vinculante para todos los acreedores.



DECONOMI

Llegó el Covid19 y este principio que parecía absoluto ya no lo es tanto, y nos preguntamos si en determinadas circunstancias es factible rever aquello que fue p treamente homologado y que no podía ser alterado por ninguna fuerza conocida.

La pandemia es un ejemplo como ningún otro de fuerza mayor, es un fenómeno que nadie vio venir y que abarcó a toda la humanidad, paralizando a escala global la producción de bienes y servicios y que en nuestro medio provocó cierre de empresas, suspensión de actividades, prohibición de despidos y ruptura de la cadena de cesación de pagos.

Numerosos proyectos de ley, muchos de ellos iguales en una base de suspensión de plazos durante un tiempo, y ninguno llegó a tener estatus de ley. De todos modos, los jueces fueron contemplativos a la hora de evaluar la conveniencia de admitir prórrogas de plazos en períodos de exclusividad corrientes, o para el pago de los vencimientos del acuerdo propuesto en cuotas.

Mas no conocemos antecedentes acerca de renegociaciones de acuerdos homologados, circunstancia un tanto más compleja.

Entendemos que el complejo escenario que nos deja la pandemia, nos demuestra que sería conveniente admitir una norma positiva por la cual frente a determinadas circunstancias muy excepcionales y de imposible previsión, pueda admitirse el replanteo del acuerdo homologado a fin de adecuarlo al contexto imperante.



“Endeudamiento de personas humanas y economías domésticas. Otras bases sustentadoras de un régimen especial impostergable.”

por Rubén R. Morcecian

I) Introducción: (y un poco de historia)

Desde hace ya más de una década aquellos que nos gusta esta rama del derecho venimos analizando, reflexionando, discutiendo y escribiendo sobre la situación de las personas humanas endeudadas y sobre-endeudadas y la posibilidad de someter la cuestión a los procesos concursales. Los Congresos y jornadas relativos a la disciplina se llenaban de trabajos y propuestas de colegas con ideas variopintas en torno a como se podía solucionar ese grave y excesivo endeudamiento. Se percibía, ya desde esos años, que el sistema concursal argentino no respondía en su estructura procesal y técnica a las reales necesidades de la gente. Procesos costosos, burocráticos, largos e intrincados que condenaban a los deudores a la opción de una costosa renegociación individual con sus acreedores (normalmente un par de financieras, algún proveedor de electrodomésticos y algún acreedor más) o promover un pedido de propia quiebra con la aspiración del cese de embargos y descuentos y una pronta rehabilitación, situación está que como es sabido provoco todo tipo de reacciones, desde fallos judiciales que cerraban este camino a otros que consideraban la opción como un recurso valido para resolver el drama de la insuficiencia de ingresos para afrontar los egresos por cuotas de créditos y los gastos de la vida misma (alimentos, calzado, vestimenta, salud, escolaridad, recreación, servicios, impuestos, etc.). Ello por la indiscutible razón que el formato del pequeño concurso que, aun con las mejores intenciones, nunca dejó de ser un proceso más apto para una organización empresarial (y diría que más apto para una pyme) que para una persona humana, aun cuando la ley 22917 dispuso la unificación del presupuesto subjetivo.

Ahora bien, lo cierto es que en los años 80 cuando se dictó la ley 22917, la persona física en la que el legislador pensaba no era el deudor



DECONOMI

actual, sino que era el pequeño comerciante individual y quizás algún sujeto no comerciante que antes podía acogerse al concurso civil previsto en el código de procedimientos.

Pero al tiempo asoma un sujeto persona física (ahora persona humana) que sin ser pequeño comerciante llegaba a presentar una situación de grave endeudamiento por deudas originadas en actos y relaciones de consumo. Prestamos, adquisiciones de bienes y servicios de todo tipo, lograban desbalancear negativamente las economías domésticas de una considerable masa de sujetos no comerciantes.

Y por cierto que el fenómeno no era solo local , sino que en todo el mundo ya desde la década del 80 se venía analizando y proponiendo regulaciones sobre la cuestión y hasta hoy día la nueva directiva europea ,la 2019/1023 , sigue proponiendo nuevas miradas, y recomendaciones en tono a estos temas.

II) La Sociedad Actual y el endeudamiento:

En el mundo actual (y desde ya varios años) la sociedad se encuentra atravesando lo que podríamos denominar la era del consumo. Grandes masas de ciudadanos sin distinción de nacionalidades se ven inmersas en un sistema de vida cada vez más consumicional.

En una sociedad impregnada de valores hedonísticos impuestos por sofisticados sistemas de publicidad, venta y distribución del mercado, en el cual se nos impone tal o cual idea de consumo por el hecho de si lo tengo o adquiero estaré mejor o perteneceré al determinado grupo social al que aspiro pertenecer, se hizo necesario el tendido de redes de contención social. En efecto, la avalancha consumista, funcional a los intereses del mercado, trajo como contrapartida la necesidad de regular el impacto económico de dicha masificación y así fueron apareciendo tímidamente las regulaciones que llegaron a conformar una nueva rama del derecho , en el caso el derecho del consumo , rama que por la superlativa importancia que tiene, en tanto se trata de la tutela del sujeto persona humana en el rol económico de adquisición de bienes para su consumo final , ha merecido la tutela de rango constitucional.



DECONOMI

Pero hay un dato que a veces pasa inadvertido, y es que de la simple lectura de las normas constitucionales se advierte que es mandata constitucional la tutela de las personas en su rol de consumidor, y específicamente en sus intereses económicos entre otros, destacándose las condiciones de trato digno, esto es el rescate de la dignidad de la persona en el marco de las relaciones de consumo.

Frente a los mecanismos de tutela de la persona consumidora en el marco de las relaciones de consumo, las estrategias de marketing se han ido sofisticando y, taladran permanentemente las mentes del consumidor conformando un sistema de penetración comercial y de mercadotecnia que ha ido en constante crecimiento en los últimos años. A la publicidad tradicional (que por cierto no por tradicional deja de ser invasiva y agresiva), ahora se suma la digital (¿la felicidad a un clic?). y hasta la presencia de sujetos denominados “influencers” que recomiendan determinado producto o servicio a una masa amorfa de individuos que, por alguna circunstancia digna de la antropología filosófica, los siguen en sus actos de la vida cotidiana.

Lamentablemente y esto no es un dato menor, el estado no actúa con la misma vara para regular, controlar y sancionar responsabilidades en el construcción, desarrollo, aplicación y consecuencias del marketing y la penetración de los mensajes y meta mensajes publicitarios, como luego si se ocupa de regular y sancionaren las consecuencias económicas que impactan en el sujeto que se vio influenciado o captado por esas campañas, sanciones como inclusión en registros o ficheros de antecedentes, multas, aplicación de gravosos intereses , todo es medianamente tolerado por el estado en aras de la “protección del crédito”.

Así las cosas, no es casual la existencia de un creciente número de personas endeudadas con motivo de relaciones de consumo por lo que en los últimos años, se ha erigido en un grave y critico problema social, por lo cual no solo los diversos estados nacionales se han ocupado, sino que además los organismos internacionales le han prestado atención y recomiendan a través de directivas, resoluciones, tratados, convenciones, y demás instrumentos, una urgente solución.



DECONOMI

Es que al parecer esta época de la “felicidad financiada” o “felicidad cuotificada” no encuentra por ahora un límite razonable, por cuanto las regulaciones, de por sí burocráticas y por ello casi siempre tardías e insuficientes (además de limitadas por obra del lobby financiero), van quedando superadas y rezagadas por las nuevas formas en que se manifiesta la concesión y adquisición de créditos. Así desde obtener recursos de cajeros automáticos, apps financieras, tokens financieros , Fintech, todo vale, *porque una parte del negocio es también la financiación que se presenta así como un producto más.*

Los consumidores endeudados inmersos en la burbuja consumeril para la satisfacción de sus necesidades (las reales y las ficticias generadas por la mercadotecnia) viven la mayoría de las veces muy por sobre sus reales posibilidades económicas y la amenaza del grave endeudamiento se encuentra a la vuelta de una esquina listo para evidenciarse ante cualquier disparador sea este interno o externo (despidos/ paro, enfermedades, divorcios, desalojos, y otros).

III) Vulnerabilidad y La dignidad humana de los Endeudados

En una de sus obras el profesor colombiano Jesús Sanguino Sánchez decía que el derecho se ha encaminado incansablemente a crear procedimientos, procesos, estatutos que protegen al acreedor, que le permiten recuperar lo prestado, aun en detrimento de los derechos y la persona del deudor... Es la historia de la deshumanización del derecho de los créditos, creado por mercaderes, banqueros, usureros , por grandes grupos económicos que no permiten que el deudor perturbe con sus incumplimientos el sistema creado para sus intereses económicos y jurídicos²⁷.

El consumo y el sobreendeudamiento de las personas humanas no quedo exento de la aplicación de ese derecho rígido y deshumanizado que Sanguino Sánchez denunciaba. Pasaron años hasta que desde las entrañas del mismo sistema jurídico se reacciona frente a la situación para comenzar a

²⁷ Sanguino Sánchez, Jesús María “ La Dignidad del Deudor y otros estudios” Ed. Librería Ediciones del Profesional ,2004, pag.121



DECONOMI

humanizar el derecho de los créditos, la otrora persecución sin límites fue dando paso (por cierto pasos no muy rápidos) a ejecuciones modalizadas de acuerdo a las posibilidades del deudor y en los últimos años se comenzó a fijar la atención en alcanzar una solución integral de las deudas de la persona humana consumidor encorsetando el paquete de deudas en los procesos de restauración o liquidación con descarga posterior del remante insatisfecho.

Pero entre tanto ¿qué sucede con la persona del deudor acechado por deudas y sumido en la desesperación?

Cuando el deudor, debido a diversas situaciones, no puede pagar sus deudas y ve afectado su historial crediticio, tiene consigo consecuencias de gran impacto en la vida de los consumidores, especialmente porque afecta su dignidad humana, lo que provoca su exclusión del mercado laboral y casi siempre social.

Y más allá de esto, es claro y la experiencia así lo indica, que los inconvenientes no se limitan al deudor, sino que se proyectan sobre su entorno familiar. Muchos de estos consumidores dependen del crédito para su propia subsistencia y la de sus familias, por lo que el daño causado como resultado del impago es inmensamente superior a los índices de morosidad que representan.

Destaca Albisu²⁸ que la dignidad del ser humano merece el mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, lo que implica una serie de derechos y deberes fundamentales que aseguren a la persona su defensa ante actos degradantes, ya que vienen a garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida digna, además de proporcionar y respetar su decisión respecto a temas de su propia existencia en comunión la vida de los otros seres humanos.

Es que la crisis, la imposibilidad de pago, la merma salarial afectada por embargos, la inscripción en ficheros y registros de morosos, hacen que la persona o el consumidor sobreendeudado descienda a niveles cada vez más profundos en su endeudamiento de modo que muy rápidamente perderá su

²⁸ Albisu Hernán, “Rescatar al consumidor sobre endeudado para la reactivación y crecimiento con equidad de la Argentina” Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686 Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 176-208



DECONOMI

capacidad de compra y consumo, no podrá satisfacer necesidades básicas de él y su familia y así se verifica claramente como se va erosionando la autoestima personal pasando luego a la pérdida o afectación a la dignidad de la persona humana.

Por eso la cuestión del endeudamiento grave de la persona humana debe ser tratado como un problema social y jurídico y la protección legal adecuada debe estar enmarcada, entonces, con el fin de garantizar las condiciones mínimas existenciales para una vida digna, lo que incluye la restricción de cualquier acto de naturaleza degradante aplicada a los consumidores, sobre todo como una forma de protección de la dignidad de la persona humana²⁹.

En la legislación Argentina encontramos normas relativas a la dignidad de los consumidores (tanto en la ley 24240 como en el Código Civil y Comercial existen normas referidas al dignidad de la persona y del consumidor), pero además recientemente se ha ido avanzando en la consideración de las especiales condiciones del consumidor en la relación de consumo y así hoy día se reconoce la categoría de consumidor vulnerable y consumidor hipervulnerable precisamente porque se considera que en estos colectivos la dignidad humana se encuentra más comprometida todavía.

Recordemos que se reconoce al consumidor por el solo hecho de su condición una *vulnerabilidad intrínseca estructural*, es decir es vulnerable porque es consumidor sujeto y expuesto a las asimetrías propias de la relación de consumo. Pero además por la resolución 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior, se consideran consumidores *hipervulnerables* o de *vulnerabilidad agravada* a las y los consumidores que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, todas circunstancias que les impiden acceder a la relación de consumo en igualdad de condiciones con otros consumidores.

Dentro del colectivo de consumidores hipervulnerables en la República Argentina se pueden mencionar las personas con discapacidad con

²⁹ Albisu Hernán ob cit.



DECONOMI

certificado que lo acredite, mayores de 70 años, migrantes y/o turistas, pueblos originarios, personas que revistan la condición de ruralidad, residentes de barrios populares, jubilados, pensionados o trabajadores que perciban salario mínimo, vital y móvil, los beneficiarios de planes y asignaciones sociales, personas pertenecientes al colectivo LGBT y/o veteranos de guerra.

Somos de la idea que debe entenderse y aceptarse que ante situaciones de grave endeudamiento que afecte a la persona humana, (normalmente por su rol de consumidor y por deudas generadas en actos de consumo, pero no excluyente) resulta imperiosa la consecución de soluciones que garanticen la estabilidad personal y familiar del deudor. Así se ha dicho que no cabe limitar el sistema protectorio solamente al consumidor, porque su falencia afecta al grupo familiar en su conjunto y su vivienda..... cuya protección incumbe a los poderes públicos por mandato constitucional, representando un grave problema que la legislación concursal vigente no soluciona (arts. 14 bis, 42 de la Constitución Nacional; protección de la familia art. 36.1 y de la tercera edad art. 36.6, y del consumidor art. 38 de la Constitución Provincial)³⁰.

Por lo que no se encuentra fundamento jurídico válido que justifique someter al deudor a desmedidas y eternas persecuciones judiciales con motivo de sus deudas porque de ordinario el resultado de esas persecuciones es el empobrecimiento del deudor y su familia, lo que en muchos casos conduce a situaciones de exclusión social, soluciones inadmisibles en un estado de derecho que garantice la vigencia de los derechos fundamentales y los derechos humanos, más aún cuando como en el caso argentino el nuevo Código Civil y Comercial ha arrojado una nueva y humanista mirada sobre la persona humana.

La llamada constitucionalización del derecho privado ahora iluminado por los tratados internacionales que son fuente de la solución, exige sistemas legales y decisiones judiciales acordes al espíritu humanista del cual se ven impregnados los nuevos ordenamientos jurídicos. La progresividad de

³⁰ Fallo Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamento Judicial de Azul ,Pcia.de Buenos Aires, Sala II, Doctores, María Inés Longobardi, Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes para dictar sentencia en los autos caratulados: “C., A. B. y otro/a s/ Concurso preventivo (pequeño)” del 19/06/2014 .



DECONOMI

los derechos humanos y la vigencia irrestricta del principio *pro homine* indican que cualquier solución al sobreendeudamiento debe ser acorde al respeto y preservación de la dignidad de la persona y su grupo familiar.

Por ello desde ya que no es posible equiparar en el tratamiento de la insolvencia a la persona humana con la jurídica, precisamente porque la persona humana se ve investida de derechos fundamentales por su propia condición de humano. Por ello Chomer sostiene que “es menester establecer ciertas protecciones mínimas para asegurar la subsistencia de aquellos imprescindibles grupos”, refiriéndose a los deudores – personas físicas donde sus dificultades ponen en juego a la subsistencia familiar y a la comunidad toda.³¹

No nos vamos a explayar sobre esa problemática porque excede el marco de esta colaboración pero sí creemos que es nuestro deber insistir en poner en evidencia que existe una real necesidad de evitar un estado de acoso judicial por parte de los acreedores que impida al deudor acceder a una posibilidad de ordenar, aclarar y reestructurar sus deudas , de modo que pueda en adelante sostener un proyecto de vida personal o familiar que le permita mantener un digno status quo social y el desarrollo de sus potencialidades personales ,toda vez que de aceptarse *una ejecución sin límites afectaría gravemente la existencia de la persona del deudor y su grupo familiar y los conduciría a la exclusión social.*³²

La realidad es que al deudor persona humana por deudas de consumo se lo conceptualiza y considera como un deudor más, casi como un gran comerciante o proveedor, despojándolo o prescindiendo de su “humanidad” . Y es ahí donde radica el error porque en el caso de la persona humana el impacto de las ilimitadas modalidades de cobro y persecución al deudor, (consecuencia de la responsabilidad patrimonial universal -véase arts- 242 y 743 CCC-) al acumularse capital y más intereses y gastos y honorarios conformando una rueda imparable conlleva serios riesgos de pauperización del deudor. Con el agravante de que puede llegase a la exclusión social de esa

³¹ Chomer, Héctor Osvaldo. El derecho económico social. LA Ley - 2012-F-788

³² Voto del Dr. Lorenzetti. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 15/03/2007, “Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”, LA LEY 20/03/2007, 20/03/2007, 7 - LA LEY2007-B, 415



DECONOMI

persona humana, situación de por sí inadmisibles por resultar contraria a los valores humanos que deben imperar.

El problema surge entonces en la conceptualización objetiva de la persona humana como deudor y como dique prescindiendo de su propia naturaleza y subjetividad humana y los derechos que dimanarían de dicha condición.

Si nos enfocamos más aún en el error conceptual que implica prescindir en el análisis de la aplicación del derecho que es consecuencia de la naturaleza humana de la persona, veremos cómo este incide aún más en el perjuicio al propio deudor, ello así por cuanto la omisión de conceptualizarlo en forma distinta respetando su naturaleza humana evitaría ejecuciones sin límite, o ejecuciones que solo logran perjudicar al deudor aún más ya que suman altos costos.

Entendemos que en tanto persona le asiste al deudor persona humana el derecho humano a desarrollarse socialmente en paz, armonía y dignidad, la persona humana es titular del derecho a la dignidad del cual se deriva otro derecho, el *derecho a no ser pobre*, derecho que deriva de la condición humana del sujeto y del respeto a la dignidad e integridad de la persona.

Por otro lado la integridad de la persona se entiende desde el plano de la propia existencia pero además de la interrelación con los otros y la inserción en la sociedad, por lo que la persona humana deudora que se ve expuesta a la exclusión social en ocasiones ve amenazada hasta su propia existencia o integridad humana.

Las palabras de Stefano Rodotà aclaran la idea: “El artificio del derecho transfiere la existencia a una dimensión distinta a la de su definición en términos de biología o de naturaleza. Lo cual no quiere decir que la separe de sus condiciones naturales. Quiere decir que éstas no agotan sus características y que la materialidad del existir exige que se tomen en consideración factores que guardan relación con la persona en su conjunta relación con los otros y con el mundo.... la dignidad aparece de inmediato como dignidad social esto es no como una cualidad innata de la persona sino como resultado de una



DECONOMI

construcción que parte de la persona, examina e integra relaciones personales y lazos sociales e impone la consideración del contexto total en el que se desarrolla. El derecho a la existencia impone sobrepasar el grado cero del existir, esto es liberarse de un reduccionismo biológico que tiene como parámetro la garantía del mínimo vital cuando comparecen la dimensión constitucional el derecho de existencia nos habla de algo que va más allá de la desnuda vida y que se rellena con contenidos ulteriores”³³

Con esto queremos aportar otro plano de la discusión, el de la dimensión humana y que cualquier sistema que se piense no puede prescindir de su consideración , y claro que la solución debe contemplar la facilitación de los tramites, abreviar tiempos , abaratar costos y disponer la descarga de deudas pero ello siempre con la mirada puesta en la persona, el respeto a sus dignidad, integridad personal y económica que le permita evitar caer en la exclusión social y a su vez un nuevo comienzo .

Señala Morello ³⁴ Las grandes calamidades de los últimos cien años como la pobreza, la desigualdad, la contaminación ambiental, la guerra, el terrorismo, *se deben en gran medida a sistemas económicos que establecieron prioridades equivocadas y asignaron muy mal los recursos. Y esos modelos económicos se reflejan en similares modelos legislativos y jurisdiccionales.* Y el modelo procesal concursal no escapaba a esta afirmación del ilustre maestro.

A su vez es un hecho notorio que la satisfacción de las necesidades humanas básicas va siendo abandonadas por los poderes públicos, y por ello la desesperación social impera y las tensiones resultantes hacen explotar muchos de los conflictos sociales que afrontamos hoy en día, al punto que en la actualidad ya se torna indispensable debatir como se señaló anteriormente en torno a un nuevo derecho, el derecho a no ser pobre.

Por ello es interesante agregar lo que señalaba Morello cuando afirmaba que los formatos políticos y económicos tradicionales y el modelo legislativo y las decisiones judiciales que son su consecuencia , no valoran la forma de trabajo más esencial e importante: la atención y el cuidado hacia los otros, hacia el prójimo, por lo que se impone el camino de la *solidaridad y la*

³³ Rodota, Stefano “El derecho a tener derechos” Ed.Trotta ,pag.216.

³⁴ Morello Augusto M. en “El deudor de la Obligación” Ed. Librería Editora Platense2002, pag.3.



DECONOMI

dignidad de la persona humana que sin dejar de ser valores deben ser elevadas a la categoría de normas aplicables para avanzar hacia una sociedad basada en un modelo político, jurídico y económico más humano y eficaz.

La dignidad de la persona como derecho subjetivo y como fundamento de otros derechos no resulta disponible para los operadores jurídicos. La dignidad de la persona debe estar garantizada por todos los poderes del Estado, en el caso de situaciones de sobreendeudamiento de personas humanas, el vedarle la posibilidad al deudor de acceder al sistema reorganización limitando su responsabilidad patrimonial es tanto como condenarlo a una segura situación de infortunio económico y social que se traducirá en una notable vulnerabilidad familiar, todo lo cual es deber del Estado evitar.

Los profesores de la Universidad de Cambridge Neil Andrews y Karen Broenckx señalaban que en la posición del deudor concursal hay tres planos que interactúan: el derecho de los acreedores, la necesidad de preservar las actividades que tienen destino y *la dignidad del deudor* y que resulta imperioso alcanzar un acuerdo sobre principios básicos.³⁵

Es así entonces que las soluciones al estado de sobreendeudamiento siempre deben ponderar la situación personal y familiar del deudor en pos de garantizar un mínimo de *dignidad* en su vida.

La protección legal adecuada debe estar enmarcada, entonces, con el fin de garantizar las condiciones mínimas para una vida digna, lo que incluye la restricción de cualquier acción que ponga en peligro esas condiciones mínimas como una forma de protección de la dignidad de la persona humana.

Tan es así que la Directiva de la Unión Europea 2019/1023 prevé en el considerando 98 que “Es preciso que la Comisión lleve a cabo un estudio para valorar la necesidad de presentar propuestas legislativas para tratar la insolvencia de las personas que no ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y que, en su condición de consumidores, de buena fe, no disponen temporal o permanentemente de los medios para pagar las

³⁵ Citados por Morello, Augusto M. en “El deudor de la Obligación” Ed. Librería Editora Platense 2002, pag.101.



DECONOMI

deudas al vencimiento de estas. Dicho estudio debe investigar si necesita *protegerse el acceso de esas personas a bienes y servicios básicos, con el fin de garantizarles unas condiciones de vida dignas.*”

De lo que se trata en definitiva es de darle al deudor la posibilidad de ordenar, aclarar, acotar, limitar y reestructurar sus deudas, de modo que pueda en adelante sostener un proyecto de vida personal o familiar que le permita su inserción en la sociedad y su desarrollo con un mínimo de dignidad, ya que entendemos que en tanto persona le asiste el derecho humano de contenido mínimo a desarrollarse socialmente en paz, armonía y dignidad, y a garantizar la tutela efectiva en los derechos de la persona humana.-

IV) El Presupuesto Subjetivo:

Se plantea la necesidad de delimitar y circunscribir el ámbito subjetivo, y se impone el interrogante sobre si es la persona humana en tanto sujeto y cualquiera sea su actividad, siempre que, claro está, se encuentre atravesando la situación de endeudamiento que encuadre en los presupuestos objetivos que exigen los distintos ordenamientos jurídicos o solamente la persona humana en el rol de consumidor.

A lo largo de los años se ha ido modelando el aspecto subjetivo de estos procesos de concurso de personas humanas, identificándosele indistintamente como consumidores o personas físicas, también utilizamos el concepto de hombre común, en definitiva siempre está presente la idea de un régimen especial para atender el grave endeudamiento de la persona humana que no realiza actividad económica organizada bajo forma de empresa , pero las aguas suelen dividirse cuando se advierte que existen personas que pueden tener deudas profesionales y otras deudas de consumo porque existe un universo de personas humanas endeudadas que va más allá de su condición de consumidor, por ejemplo pequeños comerciantes y emprendedores o quizás también puede darse el caso que una misma persona reúna ambos tipos de deudas.

Luego de varios intentos de regulación (varios proyectos vieron la luz pero la llama de esa luz se extinguió rápidamente y nunca prosperaron).



DECONOMI

Esa incertidumbre respecto de quien es el sujeto se viene “acomodando” en la casuística local, en donde el menú de procesos es variado, donde sea una persona humana que ejerce el comercio, o un trabajador, un jubilado o ama de casa solicitan la apertura de concursos preventivos iniciados bajo el pequeño concurso (del cual hasta el hartazgo hemos leído que de pequeño no tiene nada) o pedidos de propia quiebra y hasta acuerdos preventivos extrajudiciales homologables y hasta algunos configurados a medida del caso concreto (en este último caso son muy interesantes las soluciones creativas del Juez concursal de Mendoza Pablo Masanes). Lo cierto es que los operadores jurídicos ante la falta de un proceso adecuado recurren a estos tipos de procedimientos en lo que muchas veces se conoce como se ingresa pero se ignora como se sale.

Quizá la directiva UE 2019/1023 del 20 de junio de 2019 nos aporta un buen punto de vista. En el considerando 84 refiere que las deudas profesionales y personales que no puedan separarse de modo razonable, (por ejemplo cuando se usa un activo tanto durante una actividad profesional del empresario como fuera del marco de dicha actividad) deben tratarse en un procedimiento único y que si no obstante ello los Estados miembros disponen que dichas deudas se sometan a procedimientos de insolvencia diferentes, debe preverse necesariamente la coordinación de dichos procedimientos, especialmente en el trámite del beneficio de exoneración.

Consecuentemente con ello el art. 24 de la directiva recoge el hecho concreto y real que en ocasiones el sobreendeudamiento de las personas obedece a deudas generadas por el ejercicio de una actividad empresarial, profesional o comercial y también por deudas de consumo.

Se trata de visibilizar a las personas comunes que no encuentran respuesta en ordenamientos jurídicos que no los tiene en cuenta o si los tiene, las posibilidades de reestructurar su deuda dignamente o liberarse de ella vía descarga o exoneración también dignamente son difíciles, burocráticas, tediosas y extremadamente “panprocesales” de modo que en ocasiones son inasequibles. En nuestro caso es claro que para este tipo de deudores el concurso preventivo les queda enorme y el pequeño concurso les queda grande.



DECONOMI

A su vez en el considerando 21 reconoce que “El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas” Ello se conecta directamente con el beneficio de exoneración en tanto constituye el mecanismo de alivio para los deudores respecto de deudas que no podrán pagar, motivo por el cual si bien la directiva no resulta aplicable a los consumidores, los que son expresamente excluidos, recomienda a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la Directiva en materia de exoneración de deudas.

Es decir, reconoce la importancia, reafirma la vigencia de directivas anteriores y aconseja que todo lo que se prevé como derecho comunitario pase a derecho interno sea también aplicable a los consumidores.

A los fines de arribar a un “tipo” de persona humana y delinear los contornos del tipo para que merezca la tutela del sistema legal, la mayoría de los ordenamientos que contienen regulaciones específicas para el tratamiento de la insolvencia o endeudamiento de la persona humana admiten el acceso al procedimiento de las personas humanas que:

a) no realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios; con la salvedad que las deudas que constituyen el pasivo no sean de fácil separación,

b) tengan una actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia;

c) ejerzan una profesión liberal no organizada bajo la forma de empresa;

d) realicen una actividad autónoma e independiente no organizada bajo la forma de empresa.

Parecería que la tendencia en estos casos es la unicidad de proceso para ambos tipos de pequeños deudores, tanto por deudas profesionales como de consumo o ambas.



DECONOMI

Estos procesos o mecanismos tienen como función no solo lograr un restructuramiento de las deudas sino además limitar las ejecuciones contra el deudor imponiendo necesariamente soluciones coordinadas entre las necesidades del acreedor y las del deudor y su grupo familiar, todo respetando como ya se dijo, su naturaleza humana, y en un todo de conformidad con los tratados internacionales de derecho humanos.

V) Algunas Directivas de Interés:

Ya mucho se ha escrito y en esta colaboración también se ha dicho, que el actual sistema de concurso de personas humanas no responde a un modelo que sea de utilidad a esa persona. Existe un real problema epistemológico en la ley en tanto desconoce la naturaleza humana de la persona y dispone reglas que en muchos casos son de imposible cumplimiento por el deudor para acceder a un acuerdo global de pagos.

De ahí que resulta de suma importancia algunas claves de la Directiva 2019/1023 en cuanto, y si bien no está dirigida a personas humanas consumidoras, recomienda la introducción de procesos flexibles, más económicos y rápidos procurando facilitar rápidamente y más sencillamente las posibilidades de exoneración del deudor (véanse considerandos 5,6 ,7 y 29 de la mencionada Directiva).

Existe una enorme cantidad de personas humanas que no desarrollan actividades comerciales, que carecen de actividad empresarial, tales como los trabajadores en relación de dependencia —tanto en el sector privado como los empleados públicos—, los desempleados, las amas de casa, los jubilados y pensionados, que en razón de sus deudas —generalmente de consumo— o mismo los pequeños comerciantes , todas económicas domésticas , de poco monto, pero llegan a escenarios de sobre endeudamiento o quedan colocados en situaciones de dificultades económicas y financieras de carácter general o en estado de cesación de pagos, lo que los lleva a que les sea pedida la quiebra por alguno de sus acreedores insatisfechos.

Algunos países han optado por un proceso específico de regulación de insolvencia de personas humanas dentro del ámbito de las regulaciones de consumo, como el caso de Francia, y otros lo han hecho en los códigos o leyes



DECONOMI

de insolvencia como los EEUU, Alemania, Austria, Dinamarca. entre otros. Sabemos que nuestro país a pesar que tuvo varios proyectos de ley en este sentido, no tiene a la fecha una regulación especial para personas humanas, la ley 24522 contempla el concurso de la persona jurídica o humana bajo prácticamente las mismas condiciones (las diferencias entre gran y pequeño concurso como ya adelanto son mínimas) de modo tal que una gran empresa tramitará su gran concurso prácticamente del mismo modo que lo hará un consumidor.

La mayoría de los ordenamientos extranjeros tienen en común que organizan un proceso especial para tratar la situación de la persona humana endeudada y disponen que luego de la liquidación o bien luego de un plan de pagos y cumpliendo ciertos requisitos podrá el deudor liberarse de la carga de sus deudas para obtener un nuevo comienzo o una nueva oportunidad.

En nuestro país frente al cuadro de sobre endeudamiento y dada la insuficiencia de las respuestas del derecho común, las personas humanas recurren a la ley de concursos y quiebras para acceder o a un proceso de saneamiento o a uno liquidativo, ambos pensados para personas jurídicas o físicas que ejercen actividad empresarial pero en absoluto pensado para personas humanas no comerciantes o que no realicen actividad económica o que sean pequeños comerciantes y sean deudores normalmente por relaciones de consumo o también profesionales.

Mas como se adelantó, para la persona humana titular de pequeños patrimonios el sistema es obsoleto, deficiente e injusto.

Frente ello la citada directiva UE aconseja la adopción de marcos de reestructuración concursal más eficientes, rápidos y económicos. Y es en esto que debemos insistir, cualquier sistema que se adopte debe contemplar un proceso rápido, flexible y donde el deudor no deba soportar regulaciones inquisitorias, sino que de modo sencillo le permita acordar un plan de pago con sus acreedores.

Del mismo modo los procesos deben ser económicos para el deudor, lo cual no significa que el estado provea un sistema precario y barato para las arcas públicas, sino que significa que el estado debe asumir y ofrecer



DECONOMI

la infraestructura suficiente para que las personas puedan acceder a soluciones en forma rápida y económica.

Piénsese que afrontar publicidad edictal para un concurso de estas características el deudor debe desembolsar casi una suma representativa de entre 6 y 8 salarios mínimos, cuando en la era de la comunicación y de la información cualquier novedad o notificación se la conoce más rápido publicándola en una red social que en la página de legales de un diario que nadie lee. Además, si el nuevo Código dispone la publicación por un día en sucesiones, ¿porque no podría ser igual en estos pequeños procesos?

Así igual con varios gastos en diversos trámites (oficios a cuanto registro existe, por ejemplo, de buques, aun cuando el pequeño deudor nunca subió a uno...) que la ley coloca en cabeza del deudor, transformando así al proceso concursal en un *procedimiento de ricos para un derecho de pobres*. En efecto, no se ignora que las personas humanas que deben recurrir a estos procesos son personas que están bordeando situaciones de exclusión y pobreza, los ingresos no pueden afrontar los egresos y a veces para, aunque sea mitigar esa asimetría se buscan nuevos ingresos con préstamos de terceros que en definitiva lo único que hacen es aumentar el pasivo.

La rapidez y sencillas de las que debe estar investido el futuro régimen especial son dos elementos relevantes en la solución. Ya de por sí acometerse a estos procesos genera en el deudor persona humana cierto estigma y desdoro además del abatimiento personal y familiar. Si además de tales huellas en su persona se agrega la dilación burocrática se produce una suerte de re estigmatización de la persona. Se debe tender a un necesario equilibrio entre rapidez y sencillas que garantice la seguridad para los acreedores pero, reitero, colocando por encima la garantía de la dignidad de la persona endeudada.

Por otro lado, en un futuro régimen especial debe instruirse a la autoridad judicial o administrativa (según el modelo por el que se opte) a resolver la situación con un enfoque o una perspectiva de género, por cuanto se han dado innumerables situaciones de pauperización de mujeres y otros colectivos, por ejemplo, LGTB, por deudas de consumo. Para estos colectivos,



DECONOMI

y del mismo modo que para los demás hipervulnerables, las autoridades públicas administrativas o judiciales están obligadas a interpretar y aplicar los principios, los derechos e incluso los procedimientos, de forma tal que sean conforme a las particularidades de cada grupo, adoptando toda necesarias para garantizar una protección real y efectiva.

También un futuro régimen especial debe contemplar el derecho del deudor a un nuevo comienzo, o fresh start, o derecho de restablecimiento personal a partir de la descarga de las deudas insatisfechas por la quiebra o el convenio de pago para permitirle al deudor reinsertarse en la sociedad recuperando sus aptitudes personales como un ciudadano útil a la comunidad.

Contrariamente a lo que se puede estimar y para contrarrestar algunas críticas al sistema a la vez de concederle a la figura el valor del peso de la historia y porque todo instituto jurídico encuentra su justificación histórica, es importante recordar que el sistema de liberación de deudas o discharge, descarga o exoneración no es una nueva solución ni es privativa de estos tiempos, al contrario, tiene siglos de vigencia, ya aproximadamente en el año 600 a. c. Solón, cuando fue nombrado Arconte y se le encomendó el manejo de la economía de Atenas, dispuso y legisló para el pueblo el derecho a la descarga de deudas, llamándola “seisachteia” o “supresión de cargas “ o bien “descarga” , porque sostenía que el deudor tenía derecho a liberarse de la pesada carga que le suponía el endeudamiento permanente e irremediable.³⁶ Del mismo modo la ley de las Partidas ya previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes al señalar lo siguiente: “El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes (...) ha tal fuerza que después non puede ser el debdor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a aquellos a quien deuisse algo: fueras ende si oviesse fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que pudiese vivir”.³⁷

El mecanismo de exoneración resulta así una excelente herramienta para garantizar al deudor persona humana la posibilidad de evitar un futuro de

³⁶ Aristóteles, “La constitución de los atenienses” ed. Española 1948 traducción de Antonio Tovar , edición Argentina editorial Aguilar año 1966 (traducción de Samaranch)

³⁷ Véase Exposición de motivos https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-2109:



DECONOMI

persecuciones judiciales para el cobro de deudas porque de lo contrario la persona humana debería vivir eternamente encadenado (por la imposibilidad de liberarse de sus deudas) a un pasado económico difícil, todo lo cual no le va a permitir encarar el futuro con ganas y ahínco de progreso y ascenso social y económico por el lastre pesado que carga en sus espaldas pero también en su espíritu.³⁸

Otro punto que debe ser considerado en el régimen especial es el relativo a la exclusión de la liberación o exoneración de los créditos de los que el fisco nacional sea titular.

Como es sabido el crédito fiscal goza de privilegios en la ley concursal y a la hora de renegociar un acuerdo casi el pleno universo de deudores debe negociar aparte planes especiales para fallidos y concursados, lo cual en principio puede “sonar” loable de parte del fisco, empero no es tan así desde que las condiciones de acceso a los planes no son sencillas y el fisco exige todo cuanto se le debe (y en ocasiones lo que no también) con tasas de interés que no son tan beneficiosas como se puede pensar. Además a la hora de intentar un acuerdo que permita salir de un estado de quiebra los requisitos, tramites y costos de acogerse a esos planes son tan altos que frustran la posibilidad.

En el caso de los créditos por tributos, el sujeto sobreendeudado, ¿tiene capacidad contributiva? Aquel que percibe un salario y tiene su escaso patrimonio, sus ingresos futuros y los de su familia comprometidos por las deudas, ¿tiene capacidad de afrontar tributos?

La doctrina tributaria es conteste en sostener que la capacidad contributiva es la aptitud del contribuyente para ser sujeto pasivo de las obligaciones tributarias. Y esta aptitud viene establecida por la presencia de hechos reveladores de riqueza que luego de ser sometidos a la valoración del legislador con fines de naturaleza política, social, económica son elevados a rango de categoría imponible.

³⁸ Sobre el particular pueden consultarse los trabajos de Maria Cristina De Cesaris “NUEVAMENTE SOBRE LA CRISIS DE LA ECONOMÍA FAMILIAR Y LA RESPUESTA DEL DERECHO CONCURSAL: negociación, liquidación...??? ; y el trabajo de Silvana García “Volver a empezar... sin el peso de las deudas, publicado en el Numero III Año 3 de esta Revista .



DECONOMI

Entonces, se desprende de todo esto que la capacidad contributiva es el presupuesto, el límite y el fundamento del pago. ¿Y desde este plano, la persona humana o consumidor endeudado tiene capacidad contributiva? Evidentemente que no. La posibilidad de ser sujeto pasivo de tributos se ve alterada o modificada o restringida precisamente por su condición de deudor sobre endeudado, es decir endeudado por sobre sus posibilidades reales. Y en ese marco de situación no es posible sostener la no exoneración de créditos tributarios en caso de concurso. ¿Porque en este punto nos preguntamos cual es el rol del estado sino propender al beneficio de la comunidad y al desarrollo de las potencialidades de sus ciudadanos?

Es función del estado allanar el camino de las personas humanas a la rehabilitación plena, contribuyendo para ello con la resignación de los créditos de los que sea titular. El empoderamiento económico de los ciudadanos empodera a su vez a la sociedad en la que vive y obviamente al país.

Adviértase que el estado no controla suficientemente a los dadores de créditos, a los proveedores, a los encargados de las campañas de marketing, a los emisores de tarjetas de crédito , en fin , no controla o lo hace muy livianamente a todos los que de una manera u otra contribuyen al consumo exagerado, irreflexivo, y permiten o acicatean el endeudamiento , pero luego a la hora de resolver los mecanismos de salida de la crisis en la que ha caído el consumidor por efecto del sistema consumeril, el estado cae con el peso de su acreencia a exigir al deudor el pago de todo cuanto le debe para dejarlo endeudado por años sin posibilidad de recuperación ni de reinserción económica ni social.

Por otro lado, las posibles pérdidas de la recaudación resultan efectos mínimos o casi imperceptibles respecto del impacto de la decisión de la rehabilitación del deudor. El deudor rehabilitado, trabaja, percibe un salario, proyecta, adquiere bienes y servicios, se ilusiona con una vida mejor son los errores del pasado, en fin, contribuye al movimiento y sostenimiento de la economía.



DECONOMI

En la teoría económica es sabido que la depresión de la demanda afecta la oferta y la falta de oferta de bienes o servicios repercute en menos recaudación, menos puestos de trabajo y menos movimientos económicos, de donde el estado no solo debe permitir la exoneración total de las personas inclusive los créditos fiscales, sino que además le conviene hacerlo.

En definitiva, son razones de justicia por un lado y económicas por el otro, las que aconsejan la necesidad de establecer claramente que las personas humanas sobre endeudadas por relaciones de consumo deben acceder a mecanismos de liberación o exoneración plenos, totales, que involucren el mayor elenco de créditos posibles, incluyendo, claro está, los créditos fiscales.

VI) Algunas Reflexiones Finales:

Cuando hablamos de endeudamiento de personas humanas, nos referimos justamente a eso, personas humanas. La dimensión humana es la que marca el camino de cualquier regulación que debe necesariamente impregnarse de sus valores. Si el estado es garante de la dignidad de las personas, del derecho humano a vivir dignamente y del correlativo derecho humano a no ser pobre, no es posible entonces no sostener la idea de una regulación que contemple la liberación o extinción de deudas, que tenga una mirada amplia identificando a posibles vulnerables o hipervulnerables, que sea sencilla y de trámite rápido y económico.

El humanismo que ilumina estos tiempos, el respeto a la integridad y dignidad, y a los valores humanos impide al estado imponer prácticas que limiten o restrinjan esos valores.

Se debe evitar legiones de ciudadanos empobrecidos por deudas, ello solo llevara a la marginalidad y exclusión social a miles de personas con el correlativo empobrecimiento del propio estado. Por favor no nos olvidemos que hablamos de seres humanos, titulares de derechos fundamentales que es deber del estado proteger y garantizar.



“La pandemia como evento imprevisible en la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo homologado”

por Facundo Peralta Mariscal³⁹

I. Introducción. Los nuevos desafíos del derecho concursal.

La pandemia de Covid-19 ha provocado una gran cantidad de consecuencias y transformaciones en diversos ámbitos a lo largo del mundo entero. Especialmente, en los aspectos social y económico, pues el encierro forzoso de la población -única medida eficaz que en los inicios de la pandemia los gobiernos tuvieron a su alcance para evitar la propagación del virus- ha generado cambios vertiginosos en el modo en que las personas se relacionaron entre sí, a la vez que trajo aparejado una enorme disminución de la actividad económica. Incluso, algunos sectores de la economía se vieron temporalmente forzados a un cierre prácticamente total, como lo fue, por ejemplo, el turismo.

El impacto de la pandemia en el ámbito económico se vio potenciado en nuestro país, además, por el precario estado de una economía nacional que venía de dos años negativos en los principales índices macroeconómicos. El 2020 -que no puede ser analizado sin la consideración de la pandemia- fue el tercer año consecutivo de caída económica de la Argentina, con cifras a la baja en consumo privado, inversión y exportaciones⁴⁰. La caída del Producto Bruto Interno nacional en el año 2020 fue del 9,9% respecto al año anterior, según datos del Banco Mundial⁴¹.

Naturalmente, esto ha derivado en la expansión del fenómeno de la insolvencia en los agentes económicos de nuestro país. Esto no es más que una consecuencia casi forzosa de la prácticamente inevitable interrupción de la

³⁹ Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires (2019). Auxiliar Letrado en el Juzgado Civil y Comercial n°13 de San Isidro. Ayudante de docencia en Concursos y Quiebras y Derechos Reales (UBA). Especializando en Derecho de Daños (UBA).

⁴⁰ Al respecto puede consultarse el informe efectuado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe para nuestro país en el año 2020, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46501/4/BP2020_Argentina_es.pdf.

⁴¹ Información disponible en: <https://datos.bancomundial.org/>



DECONOMI

cadena de pagos que generó el imprevisto y abrupto cierre de la actividad económica.

Como derivación de esa realidad que atravesamos, parece ineludible la propagación de nuevos procesos concursales, preventivos y liquidativos, con una fuerte influencia de la pandemia como causa generadora del estado de cesación de pagos.

Pero también se observa que existe un importante impacto de la cuarentena en los procesos concursales en trámite, iniciados con anterioridad a la propagación del virus, especialmente en los de corte preventivo. Piénsese que, en estos procedimientos, la empresa o el individuo que transitaba su concurso preventivo ya sufría dificultades económicas con anterioridad a la pandemia. En ese escenario de por sí comprometido, aquellas personas que o bien transitaban el camino tendiente a reestructurar sus deudas para evitar la quiebra, o se hallaban en el lapso temporal en el que debían cumplir con las prestaciones convenidas en un acuerdo homologado, se encontraron súbitamente con una paralización de muchos sectores de la economía y de la sociedad en general, la cual lógicamente pudo afectar el plan que consideraban para sanear sus realidades económicas. En algunos casos, dependiendo de la actividad desarrollada por la concursada, ello pudo haber tenido entidad para implicar lisa y llanamente la imposibilidad de generar recursos genuinos para afrontar sus obligaciones cotidianas (pago a proveedores, salarios, servicios, cargas sociales, etc.), o las asumidas en el marco de un acuerdo preventivo homologado con prestaciones pendientes de pago.

En función de lo dicho, el análisis de esta última problemática -la de los concursos preventivos en trámite- constituye, quizás, la cuestión más acuciante a abordar en estos tiempos desde la óptica del derecho concursal, por cuanto la urgencia y la necesidad de dar respuestas adecuadas a estas situaciones son evidentes: en caso de no lograrse arribar a un acuerdo, o de incumplirse uno previamente homologado, la quiebra es jurídicamente inevitable⁴² (arts. 46 y 63 de la ley 24.522).

⁴²Queda a salvo de esta regla general el supuesto contemplado en el artículo 48 de la ley 24.522, aplicable únicamente a los “grandes concursos”.



DECONOMI

Este delicadísimo contexto pone en evidencia la fragilidad del sistema concursal actual. La deficiente regulación de la ley 24.522 se ve más clara en una crisis de estas magnitudes, que pone de manifiesto la insuficiencia de un sistema que desde su concepción teórica se mantiene indiferente respecto a las variables macroeconómicas que pueden influir en todo proyecto empresarial. Esta técnica legislativa no parece del todo adecuada en un país en el que las crisis son cíclicas y -lamentablemente- recurrentes.

Desde luego, una pandemia como la que actualmente se transita es un fenómeno ciertamente imprevisible, con dos connotaciones propias que la distinguen de crisis anteriores que ha transitado nuestro país: su generalización a nivel mundial y las medidas que el gobierno -en línea con los demás países- se vio obligado a adoptar para evitar la circulación del virus, provocando daños económicos colaterales de una magnitud cuyo alcance aún no es posible dimensionar precisamente.

Hoy, más de un año y medio después de la declaración de pandemia por la Organización Mundial de la Salud⁴³, y no obstante la variedad de aportes doctrinarios que se han realizado y los distintos proyectos de ley que circularon en el ámbito del Congreso, la legislación concursal de nuestro país continúa exactamente igual que antes de este fenómeno que cambió radicalmente el estilo de vida de la comunidad internacional. Como lo han destacado diversos autores, ello es ciertamente reprochable⁴⁴.

La crítica situación actual obliga no solo a poner sobre la mesa el debate acerca de posibles -y necesarias- reformas a nuestro sistema concursal, sino también -y esto es hoy quizás lo más urgente- a analizar de qué manera pueden aplicarse los institutos y herramientas legales que actualmente existen para reconducir los procesos concursales en trámite que se vean atravesados críticamente por las consecuencias del fenómeno de la pandemia.

En este marco, surge para los operadores jurídicos la necesidad de enfocar creativamente el análisis de los institutos legales que hoy en día se

⁴³La Organización Mundial de la Salud calificó como “pandemia” al brote de Covid-19 el día 11/03/2020.

⁴⁴Entre otros: Segal, Rubén “La procrastinación de la legislación concursal en tiempos de pandemia”, La Ley online: AR/DOC/723/2021.



hallan al alcance, de modo tal de tutelar de la mejor manera posible la multiplicidad de intereses que concurren en los procesos universales, especialmente en los de corte preventivo.

En el presente trabajo nos abocaremos concretamente a analizar, considerando la realidad actual derivada de la pandemia, si es factible dentro del régimen legal vigente la imposición de una postergación temporal en el pago de las cuotas concordatarias correspondientes a acuerdos homologados con anterioridad a la pandemia⁴⁵, y si es posible la renegociación, entre el deudor y sus acreedores, de los términos de un acuerdo ya homologado.

II. El régimen jurídico del acuerdo homologado.

Un adecuado abordaje del tema amerita detallar primeramente algunos aspectos de la regulación de la cuestión que nos ocupa con abstracción de la emergencia sanitaria que actualmente vivimos, para comprender el funcionamiento de la etapa de cumplimiento del acuerdo desde la concepción del legislador.

1. Dos de los principales efectos de la homologación del acuerdo preventivo son la novación de todas las deudas del concursado de causa o título anterior comprendidas en él (art. 55 ley 24.522), y la imposición de sus términos a todos los acreedores incluidos en el concordato, incluso a aquellos que no hubieran dado su conformidad a la propuesta del concursado o no hubieran tenido la posibilidad de votar -v.gr., por haberse declarado inadmisibles su crédito en la oportunidad del artículo 36 de la ley 24.522- (art. 56 ley 24.522).

Luego de homologado el acuerdo, y una vez tomadas las medidas requeridas por el artículo 59 de la ley 24.522 y cumplidos con los recaudos que esa norma exige, se declara la conclusión del concurso preventivo, cesando entonces las restricciones que los artículos 15 y 16 de la ley 24.522 le imponen

⁴⁵Nos centraremos en estos supuestos porque son aquellos en los que puede afirmarse sin margen de dudas que la pandemia ha sido un factor completamente imprevisible tanto a la época de negociación como al momento de la homologación del concordato. Si bien esto no implica excluir la posibilidad de aplicar los mismos conceptos, en ciertas circunstancias, a procesos con acuerdos homologados durante la pandemia, es claro que no se trata de situaciones equiparables en cuanto a la imprevisibilidad se refiere.



DECONOMI

al concursado en materia de administración y disposición de su patrimonio, sin perjuicio de las limitaciones que el propio artículo 59 establece⁴⁶.

A partir de allí, comienza la etapa de cumplimiento del acuerdo, durante la cual el deudor debe pagar ineludiblemente todas las obligaciones que asumió en el marco del acuerdo y dentro de los términos convenidos, cumpliendo cabalmente con todos los requisitos propios del pago válido respecto a los créditos de cada uno de los acreedores (art. 867 CCyC). Ello bajo apercibimiento de declararse la quiebra a instancias de algún acreedor interesado o del encargado del control del cumplimiento del acuerdo (art. 63 de la ley 24.522).

2. Sentado lo anterior, debe recordarse que en el concurso preventivo la homologación del acuerdo es la resolución por medio de la cual el juez le da su aprobación al acto jurídico complejo que constituye el acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores, convalidando así la producción de sus efectos característicos. Esa necesaria aprobación judicial -ineludible en el curso del procedimiento para el avance hacia la siguiente etapa-, sumada a la ponderación de los particulares efectos que el acuerdo preventivo surte respecto al deudor y todos sus acreedores -incluso los que se negaron a dar su conformidad-, justifica plenamente que una vez superado el control formal y sustancial que el magistrado ejerce por imperio legal sobre el acuerdo al que arribó el deudor con sus acreedores (art. 52 ley 24.522), solamente quede por delante el estricto cumplimiento del convenio y que no sea posible retrotraer el cauce del proceso concursal. La peculiar naturaleza del acuerdo preventivo homologado, que expresa la voluntad conjunta del deudor y los acreedores que aceptaron la propuesta con vocación de universalidad (en el sentido de que los efectos están destinados a irradiarse hacia *todos* los acreedores preconcursales) bajo ciertas circunstancias determinadas, exige -al menos en situaciones ordinarias- clausurar la posibilidad de que una vez firme la

⁴⁶El artículo 59 de la ley concursal dispone, como regla general, que la inhibición general de bienes debe mantenerse durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, a menos que exista conformidad expresa de los acreedores, que otra cosa surja de las previsiones del acuerdo, o las facultades que al respecto pudiera tener el comité de acreedores como controlador del acuerdo.



DECONOMI

homologación se le permita al deudor modificar los términos de la propuesta ya aceptada.

De igual manera, tampoco parece apropiado desde esta perspectiva que el juez autorice al deudor a cumplir las prestaciones pactadas de un modo distinto al convenido con sustento en fundamentos ajenos a lo que es la estricta interpretación del acuerdo, más allá de las razones de hecho que se invoquen al efectuar la petición.

No debe perderse de vista que subyace a la finalidad del concurso preventivo el propósito de lograr una reestructuración patrimonial del concursado por medio de un ofrecimiento a sus acreedores -propuesta de acuerdo- que naturalmente debe contemplar la capacidad que tendrá de generar con su actividad los recursos suficientes para cumplir el pago de las prestaciones a las que se compromete⁴⁷, afrontando de igual manera los riesgos de no poder hacerlo. Todo ello debiera ser ponderado por los acreedores a la hora de aceptar -o no- la propuesta, y de antemano se sabe que la consecuencia del incumplimiento es la quiebra. De ahí que el acto complejo del acuerdo preventivo consolide una unión de voluntades -reunida en base a un sistema de mayorías de ley- que en teoría contempla las expectativas económicas del desarrollo de la actividad del concursado.

De todo lo dicho se desprende que no resulta admisible, por vía de principio, la modificación de los términos del acuerdo con posterioridad a la homologación, con prescindencia de los motivos que invoque el deudor y aun cuando la consecuencia de la aplicación de este temperamento sea la quiebra.

Esa respuesta tiene asidero, además, en que una vez firme la sentencia homologatoria, operan los efectos propios de la cosa juzgada a su respecto, de alcances más amplios que la recaída en un proceso ordinario,

⁴⁷Si bien se ha admitido la tramitación de concursos preventivos en casos en los que no exista empresa en funcionamiento o actividad profesional o laboral alguna -cuestión sobre la que hay interesantes discusiones doctrinarias-, en la amplísima mayoría de los casos los recursos con los que el concursado pretende afrontar el cumplimiento de la propuesta provienen del desarrollo de su empresa o actividad.



DECONOMI

pues tiene eficacia *erga omnes*, siendo sus atributos principales la inmutabilidad y la coercibilidad⁴⁸.

3. Así lo ha entendido la jurisprudencia en diversos antecedentes compilados en la obra de Pablo Heredia citada precedentemente. Así como no le es dado al deudor incumplir el acuerdo sin evitar la quiebra si ella fuera peticionada, tampoco le es permitido modificar la propuesta de concordato una vez que ha sido homologada⁴⁹. Aceptar lo contrario implicaría desvirtuar el carácter de acto unitario que tiene el concordato homologado, a la par que violentar la voluntad conjunta de los acreedores exteriorizada al aprobarlo de conformidad con el régimen de mayorías impuesto legalmente⁵⁰. En este sentido, quien obtuvo la homologación del acuerdo preventivo no puede pretender la aplicación de la teoría de la imprevisión para obtener la transformación de la deuda en moneda extranjera a moneda argentina⁵¹, lograr una quita que no fue solicitada oportunamente⁵², o intentar una reducción cuantitativa de las cuotas concordatarias, por cuanto ello constituye una invocación extraña al trámite concursal⁵³.

A modo de conclusión, podemos no solo afirmar que de una interpretación exegética del ordenamiento concursal se extrae el principio de la inmutabilidad de los términos del acuerdo homologado, sino también que con anterioridad a la pandemia existía cierto consenso doctrinario y jurisprudencial en esa misma dirección.

⁴⁸Conf. Cámara, H. *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 1187, n°98 y Maffía, O., *Efectos del concordato*, RDCO, 1986, p. 700, cits. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 242.

⁴⁹CNCom., Sala D, 30/03/1990, "Sánchez, Ángela O. s/ concurso civil", cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

⁵⁰CNCom., Sala C, 27/11/1987, "Oligon S.A.", LL, t. 1989-B, p. 385, cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

⁵¹CNCom. Sala A, 19/10/1983, "Noel y Cía. S.A. s/ conc. s/ incidente de verificación por IBM Argentina S.A.", cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

⁵²CNCom. Sala A, 19/04/1983, "Kestner S.A. s/ conc. s/ incidente por la concursada al crédito de International Petroleum Serv. Inc. y James A. Lewis Engineering", cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.

⁵³CNCom. Sala D, 5/06/1984 "Morfrut S.C.A. s/quiebra", cit. en Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, ob. cit. p. 301.



O sea que el deudor debía cumplir al pie de la letra el acuerdo homologado, sin posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión o de obtener de parte del juez quitas o esperas no pactadas oportunamente⁵⁴.

III. El análisis del problema en el contexto de la emergencia sanitaria.

1. La realidad que se vive a raíz de la pandemia pone en crisis el rígido criterio expuesto como nunca antes había sucedido, aun cuando sus fundamentos son sólidos y han sido sostenidos de manera informe por la jurisprudencia.

Anticipamos previamente que -quizás erróneamente- nuestra legislación concursal está prevista para épocas de estabilidad. Prescinde de la ponderación de factores de crisis inesperados o extraordinarios. Con lo cual, carece de disposiciones expresas que permitan al juez, a partir de una apreciación de las circunstancias del caso, autorizar una prórroga en el cumplimiento del concordato o modificar sus términos.

Si se toma como premisa la necesidad de paliar de algún modo las nefastas consecuencias que la pandemia ha producido en las empresas concursadas (o al menos en un sector importante de ellas), es evidente que lo ideal para la consecución de ese objetivo sería la sanción de una ley de emergencia orientada en tal sentido, emanada del Congreso (art. 75 y ss. CN)⁵⁵
⁵⁶.

Empero, como sabemos, eso no ha sucedido. Lo que debemos preguntarnos, en consecuencia, es si la ausencia de esa regulación legal de

⁵⁴Ver en este sentido: Grispo, Jorge Daniel *“Tratado sobre la ley de concursos y quiebras”*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, Tomo II, p. 360/361.

⁵⁵No sería la primera vez que una norma de emergencia impacte de esa manera en nuestro derecho concursal. La ley 25.563, sancionada en el contexto de la crisis de fines del 2001 y principios del 2002, dispuso en su artículo 10 que *“En los casos de acuerdos concursales judiciales o extrajudiciales homologados en los términos de la Ley 24.522, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor [...] se ampliará por un (1) año a contar desde que las obligaciones homologadas en el concordato sean exigibles”*.

⁵⁶Uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales en tratar la temática rechazó un pedido de suspensión del vencimiento de las cuotas concordatarias formuladas por una sociedad concursada, haciendo hincapié en que *“la suspensión de vencimiento de las cuotas concordatarias que hubiera operado contra los concursados tendrá que ser decidida no en el contexto de un juicio como el *sub lite*, sino por una ley del Congreso o Decreto Presidencial (con posterior ratificación) de *alcance general*”* (Juzgado Nacional en lo Comercial n°18, 1.06.2020, *“Multiacero S.A. s/ concurso preventivo”*).



DECONOMI

emergencia que la doctrina en general ha reclamado⁵⁷ constituye un impedimento insalvable para dar soluciones prácticas útiles; o si, por el contrario, puede acudir a interpretaciones armónicas del ordenamiento jurídico en su conjunto para arribar a soluciones sostenibles desde un punto de vista jurídico, y que no le den la espalda a la crítica realidad que se atraviesa.

2. Para alcanzar esto último, es clave abordar el análisis considerando que nos encontramos ante una situación extraordinaria e imprevisible, extremo que tiene mucha implicancia en la práctica.

El carácter extraordinario e imprevisible de las circunstancias de hecho que rodean a las relaciones jurídicas es, en variadas hipótesis, un factor que da lugar a soluciones a su vez extraordinarias o especiales. Esto se ve claramente en la regulación del Código Civil y Comercial, fuente principal del derecho privado argentino. A modo referencial, podemos mencionar que: toda obligación se extingue sin responsabilidad si media una imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de cumplir la prestación producida por caso fortuito o fuerza mayor⁵⁸ (art. 955); en materia contractual, si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa debido a una *“alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”*, puede demandarse su resolución o pedirse el reajuste del convenio (art. 1091); en el ámbito de la responsabilidad civil, el caso fortuito exime de responsabilidad por los daños causados, excepto disposición legal en contrario (art. 1731); y diversas normas aplicables a ciertos contratos en particular consagran soluciones específicas en caso de que concurran situaciones imprevistas, o se produzcan hechos calificables como casos fortuitos (entre otros: arts. 1268 -locación de obra-, 1371 -depósito- y 1536 -comodato-).

Lo dicho demuestra que, ya sea de manera genérica o concreta para cierto tipo de relaciones jurídicas, el ordenamiento reacciona de un modo

⁵⁷Entre otros: Barreiro, Marcelo G. *“La pandemia y el intento de regular la crisis. Una utopía necesaria”* La Ley online: AR/DOC/1701/2020; Gerbaudo, Germán E. *“Pensar el derecho concursal frente a la pandemia de COVID-19”*, La Ley online: AR/DOC/1731/2020.

⁵⁸Según el artículo 1730 del Código Civil y Comercial, se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.



DECONOMI

especial cuando se presentan hechos o situaciones fuera de lo ordinario, que exorbitan aquello que los interesados razonablemente pudieron haber previsto al celebrar actos jurídicos que regulan sus derechos y obligaciones.

Claro está que las normas citadas no están insertas en la ley 24.522, cuyas disposiciones sustanciales y procesales son de orden público y se aplican en los procesos concursales de manera preferente respecto a la demás normativa del derecho privado, y excluyente en cuanto ésta fuera incompatible.

No obstante, corresponde tener presente que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la legislación concursal no es una isla o un compartimento estanco, independiente del derecho común, sino que forma parte de éste⁵⁹. Es decir que, si bien el derecho concursal desplaza a las normas sustanciales ordinarias en lo que es el objeto de regulación específica, existe una necesaria integración entre ambas.

La normativa concursal es insuficiente para dar respuesta por sí sola, y con total abstracción del resto del ordenamiento, al complejo fenómeno de la insolvencia y a las diversas realidades que se presentan. De ahí que se complemente con varias disposiciones del derecho común, así como con las demás fuentes del derecho. Claro ejemplo de esto es la aplicabilidad de las normas de derecho común sobre el pago a la hora de evaluar, durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor en su concurso preventivo.

Se sigue de lo expuesto que el ordenamiento concursal debe ser aplicado respetando los principios generales del derecho, y considerando el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor⁶⁰.

Al amparo de estos conceptos, es propicio encontrar un punto de contacto entre la rígida normativa concursal en materia de cumplimiento del acuerdo y la ponderación de las consecuencias de un evento tan imprevisible

⁵⁹CNCom. Sala A, 10/05/2016, "Urretavizcaya Analía s/ concurso preventivo", La Ley online: AR/JUR/41081/2016.

⁶⁰CNCom. Sala F, 24/04/2012, "Talleres Reunidos Ítalo Argentino S.A. s/ concurso preventivo", La Ley online: AR/JUR/12698/2012.



DECONOMI

como lo fue la pandemia en sus inicios, en base a las directivas que brinda al respecto el código de fondo.

En tal sentido, cabe enfatizar en la influencia que tienen los principios jurídicos y los valores en nuestro orden jurídico (art. 2 CCyC), que sirven no solo como guía o pauta interpretativa del derecho positivo, sino también como normas de integración y de control axiológico⁶¹.

Así entonces, en este escenario resulta viable flexibilizar la aplicación del criterio tradicional en materia de cumplimiento del acuerdo introduciendo la variable del caso fortuito como factor imprevisible, de manera tal de otorgar vigencia y eficacia práctica a los principios elementales del concurso preventivo, entre los que se destaca la conservación de la empresa; y de buscar soluciones justas y no meramente formalistas, que se compadezcan con los estándares que brindan la buena fe y la equidad como principios orientadores del sistema normativo.

No se puede ignorar que en nuestra hipótesis de estudio el acuerdo preventivo homologado tuvo una base económica diferente a la del contexto de pandemia y, en consecuencia, es probable que pueda ser de difícil cumplimiento, colocando al concursado al borde de la quiebra⁶². Desconocer esa realidad sin adecuar las respuestas jurisdiccionales implicaría soslayar el principio de mantención del equilibrio de las prestaciones (*rebus sic stantibus*), latente en nuestro ordenamiento jurídico (arg. art. 1091 CCyC)⁶³.

En estas condiciones, la ponderación del carácter extraordinario de las circunstancias en base a una visión íntegra del derecho se perfila como un factor fundamental para hallar soluciones que se compadezcan con el estándar de justicia.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no deben prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan de

⁶¹Así lo ha expresado la Comisión Redactora en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶²Gerbaudo, Germán E. "Pensar el derecho concursal frente a la pandemia de COVID-19", La Ley online: AR/DOC/1731/2020.

⁶³Conf. Rivera, Julio César y Crovi, Luis Daniel "Derecho Civil Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 81; López Mesa, Marcelo J. "Acerca de los principios rectores de nuestro derecho civil", eDial: DC1A41.



DECONOMI

un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma. El juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su consideración, lo que solo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presenten⁶⁴.

3. Desde otro vértice, y siguiendo el mismo hilo conductor, es conveniente que, frente a situaciones de índole extraordinaria, el juez ejercite con mayor énfasis las facultades que detenta como director del proceso concursal, aun en la etapa de cumplimiento del acuerdo (art. 274 LCQ).

Ello con el objeto de reconducir un proceso que se ha visto seriamente desvirtuado por la irrupción de un fenómeno imprevisible, con riesgo de derivar en un escenario de falencia altamente inconveniente para la mayoría de los sujetos intervinientes y para la sociedad en general.

El papel del juez en los concursos es de por sí más trascendente que en otro tipo de procesos. La multiplicidad de intereses involucrados en estos juicios universales justifica el rol más activo que detenta el magistrado. Tal como lo ha ido perfilando la doctrina y la jurisprudencia, el juez concursal tiene amplias potestades para actuar de oficio, investigando todo aquello conducente para el desarrollo de la causa y resolviendo las más diversas cuestiones atinentes al procedimiento y a la empresa concursada, ya sean procesales -incluyendo medidas cautelares- o sustanciales.

En este orden de ideas, se ha sostenido que las medidas cautelares concursales, a diferencia de las comunes, pueden ser dictadas de oficio, y que, como regla, carecen de contracautela e, incluso, la evaluación de la eventual afectación de los derechos de terceros es realizada, en ocasiones, con un criterio más amplio en función del orden público ínsito en todo proceso universal⁶⁵.

⁶⁴CSJN, fallos 305:1163.

⁶⁵CNCom. Sala B, 30/09/2014, "Argenova S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250 CPCCN"; CNCom. Sala A, 29/05/2018, "Arca Distribuciones S.A. s/ concurso preventivo".



DECONOMI

Bajo este enfoque, es adecuado reconocer que, dada la sustancial alteración de la realidad prevista por el deudor y sus acreedores para la etapa de cumplimiento -sucedida en razón de la imprevisible pandemia-, el juez como director del proceso tendrá amplias facultades decisorias para readecuar el trámite del juicio en dicha etapa. A tal fin, el magistrado deberá acudir a una interpretación armónica del complejo sistema de fuentes que integra el derecho concursal junto con el resto del ordenamiento, priorizando la consecución de los objetivos del proceso preventivo y siguiendo los principios que lo orientan.

Propiciando esta amplia atribución de facultades al juez del concurso, Eduardo Favier Dubois ha expuesto que en el derecho concursal posmoderno el magistrado puede dictar resoluciones, aún de oficio, tendientes a cumplir las finalidades del concordato. En cuanto aquí nos interesa, el autor citado reconoce la potestad del juez de readecuar el acuerdo homologado en base a nuevas circunstancias y de extender los plazos para el pago de cuotas del concordato⁶⁶.

4. Desde luego, corresponderá un minucioso análisis de cada caso en particular por parte del magistrado de la causa para determinar si procederá o no la aplicación de un remedio extraordinario, y su eventual alcance.

Para admitir soluciones atípicas en el marco de un proceso estructurado como el concurso preventivo, es imprescindible arribar a la conclusión de que la pandemia y las medidas gubernamentales adoptadas realmente hubieran significado un evento disruptivo en la economía de la empresa, disminuyendo considerablemente el volumen de su actividad.

Nótese que, así como el concursado puede atravesar dificultades económicas con motivo de la pandemia, también es factible que sus acreedores sufran en igual o incluso en mayor medida la crisis generalizada -lo cual constituye una cuestión casuística que debe ser evaluada por el juez en cada supuesto en particular-, por lo que posiblemente se presenten delicados

⁶⁶Favier Dubois, Eduardo: "Atribuciones del juez concursal en la posmodernidad", ponencia para el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bahía Blanca, 2021, disponible en: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/concursos-y-quiebras/atribuciones-del-juez-concursal-en-la-posmodernidad>.



conflictos de intereses que planteen complejas encrucijadas para la decisión judicial que se deba adoptar.

Naturalmente, correrá por cuenta del concursado la prueba de la entidad de la afectación de su giro empresario durante el período que rigieron las restricciones a la circulación, dado que él es quien perseguirá la aplicación de una solución excepcional en su propio beneficio, alterando el curso regular del concurso.

IV. Soluciones posibles.

Enmarcados en las razones que justifican analizar la posibilidad de franquear, en el contexto actual, el estricto criterio de la inalterabilidad de los términos del acuerdo homologado expuesto en el punto II, debemos evaluar qué soluciones podrían proponerse, y si resultan jurídicamente viables.

En principio, y sin perjuicio de las variaciones que puedan hacerse sobre ellas mismas, las respuestas posibles, que se han mencionado en la doctrina recientemente, son dos: prorrogar el vencimiento de los plazos de pago de las cuotas concordatarias; o renegociar los términos del acuerdo ya homologado.

A primera vista, podría pensarse que la primera de las respuestas señaladas no es más que una de las posibles variables de la segunda, dado que una renegociación tranquilamente podría derivar en una prórroga del vencimiento de las cuotas concordatarias oportunamente convenidas. No obstante ello, ambas opciones merecen un análisis diferenciado en virtud de que una prórroga podría tener no solo origen convencional -resultando de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores-, sino también judicial, es decir, ser impuesta por el juez a pedido del concursado y sin que necesariamente medie conformidad de los acreedores; lo cual cabe descartar, en principio, en materia de imposición de quitas o modificaciones de los términos y condiciones del acuerdo, dado que se verificaría una acentuada afectación al derecho de propiedad de los acreedores (art. 17 CN), vulnerando los límites que impone la normativa concursal.

1. Prórroga en el vencimiento de las cuotas concordatarias.



DECONOMI

(a) Por lo general, los acuerdos preventivos contienen esperas, y suele convenirse que el pago de la nueva obligación emanada del acuerdo se fraccione en cuotas con vencimientos periódicos, muchas veces extendiendo durante varios años el cumplimiento del concordato. También es habitual que, si se prevé el pago en una única cuota, se otorgue un tiempo prudencial para su cancelación.

Si durante la etapa de cumplimiento de un acuerdo de tales características, la pandemia afectó considerablemente el desarrollo de la actividad productiva del concursado, es posible que ante la inminencia del vencimiento de las cuotas el deudor solicite algún tipo de prórroga para evitar la quiebra.

No debemos perder de vista que el plazo para el cumplimiento de tales obligaciones es de índole sustancial (arts. 350 a 353 del CCyC), y frente a la ya criticada falta de sanción de normativa concursal de emergencia, forzoso es concluir en que esos plazos continuaron su curso ordinariamente.

Ahora bien, con apoyo en la concepción integradora del orden jurídico que hemos referido más arriba, nada impide que, de hallarse debidamente probada por el concursado la caída en el flujo de ingresos que venía teniendo en épocas de normalidad, se lo considere un supuesto de mora inimputable por imposibilidad de cumplimiento oportuno (no absoluta), en tanto aparece nítida la influencia causal en el incumplimiento (ya sea este actual o futuro) de un hecho externo e imprevisible con virtualidad para eximir al deudor de las consecuencias propias de la mora (art. 888 CCyC).

Al respecto, más allá del análisis acerca del factor de atribución que corresponda aplicar en virtud del tipo de obligación que se deba pagar, la doctrina ha señalado que la acreditación de una causa ajena, entre las que incluye el caso fortuito, es eximente válido para considerar inimputable la mora al deudor⁶⁷.

Si se acepta tal solución, la evaluación acerca de la efectiva configuración de esa situación -mora inimputable- no debe ser necesariamente

⁶⁷Ver en este sentido: Calvo Costa, Carlos A. en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 1° ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo V, p. 394/395.



DECONOMI

postergada para una vez acaecido el incumplimiento, pues para ese entonces el deudor puede ya estar enfrentándose a un pedido de declaración de quiebra en los términos del artículo 63 de la LCQ.

Tal situación perjudicial es indeseable, por lo que aquí cabe dimensionar la operatividad de la prevención del daño (arts. 1710 y ss. CCyC) como un instituto capaz de brindar, en la órbita concursal, una respuesta eficaz a un futuro -pero cierto- incumplimiento inimputable en el pago de las obligaciones derivadas del acuerdo preventivo.

No olvidemos que la prevención del daño tiene lugar tanto en el ámbito extracontractual como en el contractual, y a los efectos de su efectiva materialización, han sido establecidas las “pretensiones preventivas” (arts. 1711 a 1713 CCyC) tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Así, es dable conjeturar que pueden ser ejercidas de modo provisorio o definitivo, ya fuera de manera principal o accesoria -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc.-⁶⁸.

En tanto no se observa ningún impedimento concreto, de lo expuesto se extrae que la prevención del daño puede operar en el ámbito concursal de modo provisorio o cautelar en conjunción con la inimputabilidad de la mora para evitar la producción de las consecuencias propias de un incumplimiento en esta etapa del trámite del concurso (art. 63 LCQ). Máxime si se pondera, paralelamente, el principio de conservación de la empresa que impregna el ordenamiento concursal, el cual está en sí mismo direccionado a salvaguardar las fuentes de trabajo y el desarrollo de la actividad empresarial.

De seguirse este razonamiento, la decisión del juez de conceder una prórroga a pedido del concursado en un contexto como el descrito, previa vista a los controladores del acuerdo, resultará ni más ni menos que la forma concreta de readecuar el trámite de un proceso atravesado por circunstancias imprevisibles que alteraron el plan prestacional nacido con la homologación del

⁶⁸Conf. Bestani, Adriana, en comentario al art. 1711, en “Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado”, (dirs. Garrido Cordobera, Lida M. R. - Borda, Alejandro- Alferillo, Pascual E.), Bs. As., Astrea, 2015; cit. en CNCom. Sala F, 9/04/2019, “América TV S.A. c/ Practiplus S.A. s/ ordinario” y Cám. Civ. y Com. San Isidro Sala III, 28/10/2020, “Boulevard Pilar S.A. c/ Desmavas S.A. s/ acción de reajuste”).



DECONOMI

acuerdo que, precisamente, constituye la causa fuente de las obligaciones concordatarias. Y es indudable, en este punto, que el juez concursal, en ejercicio de sus facultades como director del proceso (art. 274 LCQ), tiene potestad para resolver dentro del mismo juicio toda incidencia que se pudiera plantear al respecto.

A esta altura del análisis, es preciso señalar que adoptar una decisión con el alcance desarrollado no implicaría violentar el carácter de cosa juzgada que reviste la sentencia homologatoria del acuerdo, por cuanto de esta manera no se altera el contenido material de las prestaciones pactadas, ni se reniega de las calidades de acreedor y deudor de las partes. Antes bien, se trata de reconducir, en el marco de un proceso judicial especial, el modo de cumplir las obligaciones que nacen del acuerdo, las que como tales están sujetas al régimen jurídico del código de fondo (arts. 724 y ss. CCyC).

(b) La jurisprudencia ha resuelto ciertas peticiones de estas características, suscitadas en procesos concursales en trámite.

Entre los más destacados, debemos resaltar el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial recaído en los autos “*Álvarez, Romina Julieta s/ concurso preventivo*”, de fecha 30/06/2020⁶⁹. Allí, las juezas intervinientes admitieron una pretensión cautelar tendiente a diferir los plazos de vencimiento de los pagos de las cuotas concordatarias hasta el levantamiento del estado de cuarentena dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. Como fundamento, las magistradas explicaron que nada obsta a que los jueces como directores del proceso concursal implementen medidas en pos de alcanzar una solución para la coyuntura extraordinaria que se atraviesa. Sostuvieron también que la medida en cuestión, lejos de modificar la sentencia homologatoria, se convierte en un instrumento para su cumplimiento -bien que diferido en el tiempo- pues intenta evitar un posible decreto de falencia. Añadieron que la prórroga dispuesta se implementa como un modo de permitir la concreción del acuerdo adaptado a la situación imperante, que claramente excede de toda imaginación y posibilidad de previsión, dejando sentado que la

⁶⁹CNCom. Sala B, 30/06/2020, “*Álvarez, Romina Julieta s/ concurso preventivo*”. La Ley online: AR/JUR/21262/2020.



DECONOMI

solución era temporal y que podría ser revisada frente a cualquier cambio que sobrevenga en cuanto a la cuarentena.

Por su parte, la Sala A del mismo tribunal resolvió en igual sentido en planteos similares⁷⁰. Los camaristas sostuvieron que no puede soslayarse que ante una situación de emergencia sin precedentes a nivel mundial se requieren soluciones excepcionales, y que si bien en la actualidad no hay norma que regule concretamente las consecuencias de esa emergencia en el ámbito concursal, ello no puede implicar desconocer la manifiesta realidad circundante y las dificultades por las que atraviesan los distintos actores socioeconómicos, ni impedir que se intente buscar soluciones que permitan una razonable reformulación de las relaciones de la concursada y sus acreedores en esta particular coyuntura. Por ello, entendió la Sala mencionada que resultaba necesario implementar un remedio extraordinario acorde a las circunstancias fácticas que exhibe el momento, máxime teniendo en cuenta que la concursada mantenía su intención de afrontar sus compromisos.

En un interesante voto en disidencia en uno de los fallos de la Sala A citados precedentemente, el Dr. Kölliker Frers aborda una de las cuestiones que hemos aludido precedentemente, esto es, la carga del concursado de acreditar que la imposibilidad de cumplimiento se debe a la pandemia y no a otras causas ajenas a tal acontecimiento⁷¹. Según dicho magistrado, el pedido de prórroga para el cumplimiento de cierto acuerdo concordatario debía rechazarse, ya que la razón por la cual la concursada se encontraría imposibilitada de cumplir con el pago de la primera cuota concordataria no tiene por antecedente la crisis económica provocada por la pandemia, sino la total inactividad o la falta de actividad de la sociedad en razón de haber perdido la posesión del inmueble en el que funcionaba la planta de la deudora con todos sus demás activos, hecho acaecido con anterioridad al comienzo de la cuarentena.

⁷⁰ CNCom. Sala A, 17/11/2020 “Ancers S.A. s/ concurso preventivo”, La Ley online: AR/JUR/61073/2020; CNCom. Sala A, 16/07/2021, “Kim. S.A. (hoy Arosa Rosario S.A.) s/ concurso preventivo”, La Ley online: AR/JUR/105813/20210.

⁷¹ CNCom. Sala A, 16/07/2021, “Kim. S.A. (hoy Arosa Rosario S.A.) s/ concurso preventivo”, voto en disidencia del Dr. Kölliker Frers, La Ley online: AR/JUR/105813/20210.



Como contrapartida al criterio favorable a la recepción de este tipo de solicitudes, se ha rechazado un pedido cautelar innovativo tendiente a que suspenda el vencimiento de las cuotas concordatarias, con fundamento en la naturaleza restrictiva de las medidas innovativas y en que una suspensión de tales características no puede ser decidida en el contexto de un proceso concursal, sino por medio de una ley del Congreso o decreto presidencial de alcance general, dado que de lo contrario se estaría legislando dentro de un expediente⁷².

Sin desmerecer los fundamentos que sostienen el rechazo de pedidos de estas características, que por cierto tienen razonable sustento en la normativa concursal y en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, en base a lo que hemos desarrollado creemos acertadas y ajustadas a derecho las decisiones que han optado por diferir en el tiempo el pago de obligaciones concordatarias en casos como los descriptos.

2. Renegociación de los términos del acuerdo.

La cuestión es distinta, y más compleja, si lo que se intenta es proceder a una renegociación de un acuerdo preventivo ya homologado.

(a) Por lo pronto, cuadra señalar que resulta inconcebible que el juez modifique el contenido material de las obligaciones que emanen de un acuerdo preventivo homologado a partir del solo pedido del concursado.

Disponer un mero diferimiento del vencimiento del plazo otorgado para el pago, en virtud de causas de fuerza mayor, es una cosa; alterar sin consenso de los acreedores el contenido del plan prestacional consensuado entre el concursado y aquellos en el marco del proceso universal es otra bien distinta. Esto último implicaría una inaceptable desnaturalización del concurso preventivo como instituto del derecho concursal, pues es inherente a este tipo de procesos buscar la recuperación de la empresa mediante un consenso entre el deudor y sus acreedores -cuya voluntad se expresa por medio del sistema de mayorías-, y no por imposición de uno sobre otros. Por consiguiente, así como el juez no puede homologar un acuerdo que no sea alcanzado con las mayorías de ley, ni evitar la quiebra en contra de la voluntad de los acreedores

⁷²JNCom. N°18, 1/06/2020, "Multiacero S.A. s/ concurso preventivo".



DECONOMI

si el deudor no presenta propuesta alguna durante el período de exclusividad⁷³; tampoco podría -ya sea de oficio o a pedido del concursado- modificar el contenido de las prestaciones integrantes del acuerdo. Ello atentaría, además, contra la cosa juzgada que detenta la resolución de homologación del concordato.

De este modo, a diferencia de lo expuesto respecto a la variante anterior, una hipotética alteración del acuerdo exigiría la unión de la voluntad del deudor con la de sus acreedores en sentido unívoco. Además, de aceptarse su viabilidad, sería también necesaria una posterior aprobación judicial análoga al acto de homologación del acuerdo. Es que no hay alternativa posible si se tiene en cuenta que, como se dijo, el auto homologatorio tiene los efectos de la cosa juzgada; ergo, la única posibilidad de modificar el contenido de las prestaciones allí previstas es por medio de una decisión judicial de iguales características.

(b) Antes de abordar el tópico, es conveniente puntualizar que en toda relación jurídica patrimonial, en tanto se hallen en juego derechos disponibles, la regla general consiste en que las partes son libres para convenir el alcance de sus derechos y obligaciones.

De ahí que en el ámbito contractual impere el principio de prevalencia de la autonomía privada -dentro de ciertos límites impuestos por la ley, la moral y las buenas costumbres- (art. 958 CCyC; art. 19 CN), el cual opera no solo a la hora de celebrar contratos, sino también al determinar su contenido y durante su ejecución.

Por ende, nada impide que las partes de un contrato bilateral de ejecución diferida en el tiempo readecuen sus términos y condiciones de mutuo acuerdo, por las razones que fueran (arts. 956, 961 y cc. CCyC); o que, sencillamente, lo rescindan de cara al futuro (art. 1076 CCyC). Ello no es más que una manifestación empírica del principio de libertad de contratación.

Siguiendo esos lineamientos, frente a la pandemia, las partes de los contratos en curso de ejecución -v. gr., una locación comercial- han podido

⁷³Esta situación podría darse en el caso de trabajadores en relación de dependencia frente a la quiebra de su empleador.



DECONOMI

acudir a esa potestad de readecuar extrajudicialmente sus relaciones jurídicas patrimoniales de forma consensuada, distribuyendo del modo que juzguen conveniente los efectos de la paralización de la actividad económica.

Empero, la situación difiere en el concurso preventivo, pues las relaciones jurídicas patrimoniales del concursado se hallan sometidas a los efectos del proceso judicial universal, cuyas disposiciones propias prevalecen sobre aquellas del derecho común en cuanto fueren incompatibles.

(c) Efectuadas esas apreciaciones, se advierte que existen ciertos inconvenientes teóricos y prácticos para poner en práctica la renegociación del acuerdo, aun en el contexto de emergencia extraordinario.

La estructura del proceso concursal impide retrotraer su curso a la etapa de negociación una vez logradas las mayorías necesarias y homologado el acuerdo, pues a partir de allí solo queda por delante la etapa de cumplimiento. No se trata solo de una preclusión procesal, sino de cosa juzgada material, por cuanto la sentencia homologatoria firme tiene como efecto el nacimiento de nuevas obligaciones en cabeza del concursado, definiendo con carácter irreversible e inmutable el alcance que tendrán los derechos de los acreedores -sin perjuicio de que exista la posibilidad de plantearse la nulidad del acuerdo en los términos de los artículos 60 a 62 de la LCQ- (arts. 55 y 56 LCQ).

Ello podría reputarse de argumento suficiente para descartar la apertura de una renegociación del acuerdo. En esta línea se expresó la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el precedente que hemos citado más arriba⁷⁴. Expuso el citado tribunal que el extremo de que la sentencia que homologó el acuerdo formulado por la concursada con sus acreedores se encuentre firme y pasada en autoridad de cosa juzgada impide por sí solo examinar la pretensión referida a modificar sus términos o los efectos que proyecta en el universo concursal. Destacó también la Sala que no desconocía la coyuntura y emergencia que se atravesaba -en alusión a la pandemia-, pero que es también ante ese panorama que deben reafirmarse los

⁷⁴CNCom. Sala B, 30/06/2020, “Álvarez, Romina Julieta s/ concurso preventivo”. La Ley online: AR/JUR/21262/2020.



DECONOMI

principios que sustentan la seguridad jurídica, de la cual la inmutabilidad inherente a los fallos firmes es uno de los pilares básicos.

Ahora, si queremos ir más allá de esa respuesta o profundizar sus argumentos, el interrogante que se presenta es en qué medida puede la situación de emergencia extraordinaria influir para revertir un criterio tan sólidamente arraigado en las bases del concurso preventivo y en el valor de la seguridad jurídica, como lo es el sustentado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo apuntado.

(d) Como hemos aludido anteriormente, la normativa concursal se integra con el resto del derecho común, de manera tal que no debe ser aplicada aisladamente, sino en armonía con las demás reglas jurídicas del ordenamiento.

Partiendo de las bases señaladas, y del interés en flexibilizar de cierto modo las reglas ordinarias del trámite del concurso para evitar las nefastas consecuencias de la pandemia, podría pensarse en aplicar al ámbito concursal, por vía analógica, el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, adaptándolo a las características del juicio universal.

Esa norma está insertada en la regulación de los contratos en el código de fondo, y establece que *“si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”*.

Ahora bien: debe prevenirse que el acuerdo preventivo no reviste naturaleza contractual, más allá de que pueda compartir ciertas características con los contratos -especialmente en cuanto requiere una unión de ciertas voluntades, asimilable al consentimiento contractual-.



DECONOMI

El acuerdo preventivo es un instituto de índole concursal que, a nuestro juicio, no puede considerarse de naturaleza contractual desde el momento en que es pasible de surtir ciertos efectos respecto a terceros ajenos al proceso de formación de la voluntad. Resulta decisiva para arribar a tal conclusión la ponderación del alcance de esos efectos, pues no son menores, ni constituyen únicamente nuevos derechos o beneficios que puedan ser invocados por los terceros involucrados, al estilo de los contratos con estipulación en favor de terceros (art. 1.027 y cc CCyC). Por el contrario, aquellos acreedores concurrentes que no hubieran votado favorablemente la propuesta y queden sometidos imperativamente a los efectos del concordato homologado (art. 56 LCQ), sufren la extinción de sus acreencias preconcursales por efecto de la novación, y de ahí en adelante su crédito pasa a ser determinado por lo convenido entre el deudor y los acreedores que hayan conformado la mayoría exigida por la ley.

Se ve allí una importante objeción para la aplicación del artículo 1091 al acuerdo preventivo homologado judicialmente: el ámbito de operatividad de esa norma es bien específico y delimitado, pues se ciñe a la órbita contractual; carácter que por sus particularidades no tiene el concordato preventivo. Nótese que el precepto en examen le otorga a la parte afectada por las circunstancias imprevistas la posibilidad de pedir la resolución parcial o total del contrato además de su adecuación (disyuntivamente entre ambas opciones, claro está), variable -la ineficacia sobreviniente por resolución- que deviene claramente incompatible con el concordato preventivo en función de los principios y reglas generales que lo rigen.

Esa diferencia sustancial se enlaza con lo señalado previamente en cuanto al carácter de cosa juzgada que reviste la sentencia homologatoria respecto a las relaciones jurídicas preconcursales entre el concursado y los acreedores alcanzados por la propuesta. En principio, lo aprobado por el juez resulta inmutable, a la par que los derechos que de allí nacen para las partes se incorporan definitivamente a sus patrimonios. Así, si para la apertura de una instancia de revisión o reajuste forzada de los términos de un contrato es necesaria una norma que expresamente lo autorice e identifique las circunstancias que pueden justificarla -como lo es el artículo 1091 del CCyC en



DECONOMI

materia contractual-, con mayor razón es dable exigir una norma general que de algún modo lo permita cuando se trata de alterar los efectos de un acuerdo con eficacia de cosa juzgada *erga omnes* recaído en el marco de un proceso legalmente estructurado y regido por principios de orden público.

Es cierto que podría postularse, como lo ha hecho destacada jurisprudencia, que la cosa juzgada no es un principio absoluto, sino que cede en casos excepcionales, cuando el ordenamiento, visto en su totalidad, no puede aceptar una solución irracional, ilógica, que choca contra hechos indiscutidos y principios jurídicos mayoritariamente aceptados (arts. 17, 18 y 28 CN)⁷⁵. Sin embargo, el rechazo de la aplicación en la esfera concursal de un reajuste en los términos del artículo 1091 del Código Civil y Comercial lejos está de resultar un temperamento irracional o contrario a principios jurídicos aceptados; antes bien, se trata de reconocer que aun en contextos excepcionales, existen ciertas bases elementales del orden jurídico, y más concretamente del derecho concursal, que hacen al sostenimiento de la seguridad jurídica y que por ende no pueden ser completamente obviadas.

Por todo ello es que, en el contexto normativo vigente en la actualidad, no luce jurídicamente sostenible la posibilidad de abrir una renegociación del acuerdo preventivo con posterioridad a su homologación, dado que ello implicaría desvirtuar profundamente las bases del sistema sin ningún tipo de apoyo legal, otorgándole al juez potestades exorbitantes de las que carece, en desmedro de principios tales como la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

(e) Asentado el criterio esbozado, debemos mencionar que desde otra concepción analítica más flexible, los operadores podrían ampararse fuertemente en el principio cardinal de la buena fe como pauta rectora en el ejercicio de los derechos (art. 9 CCyC) para fundar jurídicamente la existencia de una suerte de deber implícito en cabeza de los acreedores concursales de, frente a las excepcionales circunstancias derivadas de la pandemia, acceder a negociar un reajuste del acuerdo homologado, suspendiéndose en el interín la obligación del concursado de cumplirlo.

⁷⁵Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 5/09/2012 “C.M.R. Argentina. c/ Morales Maldonado, Jorge Daniel p/ cobro de pesos”.



DECONOMI

No obstante, debemos remarcar que a nuestro criterio ello implicaría forzar los límites del instituto de la buena fe y sobredimensionar su influencia como pauta orientadora del sistema jurídico. Sin desconocer la trascendencia práctica y la importancia que tiene la buena fe en ese sentido, su aplicación no debe ser llevada al extremo de erigirse en una válvula abierta para imponer cualquier tipo de obligaciones donde el ordenamiento no las prevé.

Sin perjuicio de todo ello, cabe reparar en que la declaración de quiebra por incumplimiento del acuerdo procede a petición de acreedor interesado, de los controladores del acuerdo o frente a la manifestación del propio concursado acerca de la imposibilidad de cumplirlo (art. 62 LCQ). A su vez, una interpretación *a contrario sensu* del tercer párrafo del artículo 56 de la LCQ -según el cual son absolutamente nulos los beneficios otorgados a los acreedores que excedan lo previsto para su categoría en el acuerdo-, lleva a pensar que no cabe descartar la admisibilidad de que algún acreedor renuncie - aunque sea parcialmente- a los derechos o condiciones que emanen del acuerdo homologado, pues en definitiva se trata de derechos patrimoniales disponibles (art. 944 CCyC). Así, puede concluirse en que no hay obstáculo para que el concursado, ante la crisis de la pandemia, convenga extrajudicialmente algún tipo de quita o espera adicional con cada uno de sus acreedores, de suerte tal que el apartamiento de las condiciones originalmente convenidas no resulte en un pedido de declaración de quiebra por incumplimiento del acuerdo.

(f) A fin de agotar las posibilidades de análisis del tema, cuadra advertir que, de admitirse la viabilidad de la renegociación en los términos indicados, se presentarán algunas cuestiones que deben ser adecuadamente resueltas.

En caso de que el juez considere procedente, a partir del pedido del deudor, la apertura de una instancia de renegociación para lograr una modificación del acuerdo homologado, el paso siguiente es establecer cómo habrá de instrumentarse ese procedimiento y dilucidar qué efectos podría tener respecto al curso del proceso y a los plazos fijados para el cumplimiento del acuerdo.



DECONOMI

i) En primer lugar, lo más conveniente para la eficacia de las negociaciones sería que se desarrollaran de manera extrajudicial, semejante a lo que ocurre durante el período de exclusividad.

De lo contrario, sería necesario la celebración de una o más audiencias ante el juez, lo cual podría resultar engorroso y de difícil implementación en los concursos con una gran cantidad de acreedores. Y si se optara por procedimientos escritos (v.gr: presentación de una propuesta y sustanciación con los acreedores para que se expidan), el trámite sería sumamente lento e ineficiente.

Además, acudiendo análogamente a las reglas del período de exclusividad puede encontrarse una razonable solución a otra de las cuestiones que el juez debería resolver en este escenario: la duración del período durante el cual se permitirá al concursado reunir las conformidades necesarias para arribar a un acuerdo orientado a modificar los términos del concordato preventivo. A ese fin, noventa días, prorrogable por otros treinta (art. 43 LCQ), parece un plazo suficientemente apto para el logro de su finalidad, al menos para la generalidad de los casos.

Lo mismo cabe predicar respecto a las formas necesarias para acreditar las conformidades, esto es, por declaración escrita con firma certificada por ante escribano público, autoridad judicial, o administrativa en el caso de entes públicos nacionales, provinciales o municipales (art. 44 LCQ).

ii) Otras de las cuestiones a determinar son: a) las bases para el cómputo de las mayorías; y b) qué acreedores tendrán derecho a votar en este nuevo acuerdo.

Rápidamente, podríamos pensar que lo lógico es utilizar las mismas bases tenidas en cuenta al votar la primera propuesta, teniendo en cuenta el monto de los créditos oportunamente insinuados por los acreedores. Empero, la respuesta no es tan sencilla si se repara detenidamente en que uno de los principales efectos de la homologación del acuerdo es la novación de las obligaciones. Por tanto, frente a la necesidad de encarar una nueva negociación y de obtener nuevas mayorías, ¿por qué no considerar el capital de las obligaciones novadas, que son las que se intenta readecuar, en lugar del



DECONOMI

capital originalmente insinuado en el concurso, correspondiente a obligaciones actualmente extinguidas por efecto de la novación?

Acá se ve claramente la inconveniencia de aventurarse por procedimientos con múltiples variables que no tienen regulación alguna en la ley concursal, pues en definitiva quedará a criterio de cada juez definir del modo que considere más justo la base para el cómputo de las mayorías, y el alcance de los votos de cada acreedor.

A fin de mantener la igualdad entre los acreedores y no perjudicar a aquellos que hubieran aceptado quitas mayores que otros (por ejemplo, para cobrar en menor tiempo o cantidad de cuotas), lo más coherente con la finalidad del régimen concursal es reconocer que más allá de los efectos de la novación, si se pretende revisar una propuesta concordataria aprobada en base a ciertos parámetros, se tengan en cuenta estos mismos en la renegociación, de suerte tal de no distorsionar el proceso en perjuicio de ciertos acreedores.

Siguiendo el hilo de esta cuestión, se presenta el interrogante de qué acreedores estarían habilitados para votar en el nuevo acuerdo. No hay duda en cuanto a que aquellos cuyos créditos fueron declarados verificados en la oportunidad del artículo 36 de la LCQ podrán votar. Lo mismo puede predicarse en relación a quienes se les hubiera declarado admisible su crédito, y lo decidido no haya sido recurrido por incidente de revisión, e incluso respecto a quienes tengan incidente de revisión en contra en trámite, aplicando la regla que emana del artículo 36 de la LCQ. Ahora, ¿qué sucedería con los acreedores titulares de créditos declarados inadmisibles que no votaron la primera propuesta, pero que hubieran obtenido sentencia favorable en un incidente de revisión, reconociéndoles así el carácter de acreedores? No parece de una hermenéutica razonable negarles la posibilidad de votar si, a la fecha de la apertura del procedimiento, su carácter de acreedores ya se encuentra consolidado, dado que el deudor ya conocería de antemano esa situación y sería consciente de que tendrá que negociar también con él⁷⁶. De

⁷⁶El artículo 36 de la LCQ establece que la resolución que recaiga en la oportunidad de expedirse respecto a los créditos insinuados es definitiva respecto al cómputo de las mayorías, lo cual implica que ninguna influencia tiene en la etapa de votación ordinaria el eventual



otro lado, tampoco luce conveniente permitir que acreedores que votaron en la primera oportunidad, pero cuyos créditos a la postre fueron rechazados por vía de incidentes de revisión con sentencia firme, puedan ahora votar en una renegociación en la que no tienen ningún tipo de interés.

Como se ve, la regulación que la ley concursal brinda al período de exclusividad y al régimen de mayorías para la homologación del acuerdo no se adapta con facilidad a un supuesto como el que aquí analizamos. Muchos de los fundamentos que inspiran aquella no se trasladan fácilmente, porque fueron concebidos en función del desarrollo de un proceso en trámite y con particularidades propias (v. gr.: la rápida transición de la etapa de verificación a la de negociación) que no se dan cuando lo que se persigue es reabrir, posteriormente y sin límite temporal, una renegociación de un acuerdo ya arribado.

iii) Una vez delimitado el universo de acreedores con derecho a participar en el acuerdo y el monto de sus créditos, corresponde establecer el sistema de mayorías en sí mismo.

En este asunto en particular, es del todo razonable aplicar por vía analógica la solución que brinda el ordenamiento concursal durante el trámite regular del concurso preventivo. O sea, la doble mayoría, establecida en dos tercios del capital computable dentro de cada categoría y la mayoría absoluta de acreedores que conformen la base del cálculo, también dentro de cada una de las categorías (art. 45 LCQ).

Primeramente, porque se trata de una pauta que se muestra compatible con el trámite de renegociación, con lo que no se observan obstáculos para su aplicación (arg. art. 2 CCyC). Desde otro ángulo, por cuanto si lo que se busca es la modificación de un acuerdo homologado, se aprecia

resultado del incidente de revisión. Esto se explica por la necesidad de cristalizar las bases a considerar en el trámite de las negociaciones, de manera tal que el deudor pueda afrontarlas conociendo exactamente qué mayorías requiere para lograr arribar al acuerdo.

Es prácticamente imposible que antes de abrirse el período de exclusividad un incidente de revisión obtenga una sentencia firme, con lo cual se ve claramente la necesidad de una norma como la del artículo 36 *in fine* de la LCQ, para favorecer la instancia de negociaciones.

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo en un caso como el que aquí analizamos, puesto que pueden haber pasado años desde la homologación del acuerdo cuya revisión se pretende, lapso en el cual muchos acreedores pueden haber obtenido sentencia en los incidentes de revisión.



DECONOMI

procedente mantener el régimen previsto para la consumación de aquel, sosteniendo los mismos parámetros para lograr una nueva y eficaz unión de voluntades entre acreedores y el deudor. Y además, porque librar la cuestión a la discrecionalidad del magistrado de la causa generaría cierta inseguridad jurídica, siendo que resultaría del todo indeseable que una cuestión tan trascendente sea decidida de manera diversa dependiendo del juez interviniente.

Cerrando esta arista del análisis, vale destacar que por iguales fundamentos podría el juez acudir al instituto de la imposición del acuerdo (comúnmente denominado *cramdown power*) si se dan los presupuestos y recaudos contenidos en el artículo 52 de la LCQ.

iv) Por otro lado, debe resolverse qué sucederá, durante la sustanciación de la etapa de renegociación, con los vencimientos de los plazos pactados para el cumplimiento del acuerdo homologado.

El juez tendrá que decidir si mantiene los efectos del acuerdo original mientras le brinda la posibilidad al concursado de reunir las conformidades necesarias para modificar sus términos, o si suspende provisoriamente la obligación de cumplir con el pago de las cuotas concordatarias.

Una suspensión como esa podría ser dictada a título cautelar, como manera instrumental de otorgar eficacia a la finalidad que subyace al procedimiento de renegociación del acuerdo. Ello teniendo en cuenta el perfil amplio que ostentan las medidas cautelares en materia de derecho concursal, las que, como regla, pueden ser dictadas por el juez en su carácter de director del proceso incluso de oficio⁷⁷.

Parecería que lo más coincidente con el propósito del procedimiento es suspender la obligación del concursado de cumplir con el pago de las cuotas que venzan durante la renegociación, ya que en nuestra hipótesis de trabajo éste atraviesa dificultades económicas que complican sus posibilidades de cumplimiento, a la par que justifican una solución tan extraordinaria como

⁷⁷Conf. CNCom. Sala A, 29/05/2018, "Arca Distribuciones S.A. s/ concurso preventivo", entre otros.



DECONOMI

excepcional; de lo contrario, podría suceder que en plena etapa de negociaciones se decreta la quiebra del concursado a pedido de algún acreedor (art. 63 LCQ).

Paralelamente, cabe pensar que, si la renegociación va acompañada de una suspensión de los derechos de los acreedores de tal alcance, debe adoptarse un criterio sumamente estricto a la hora de evaluar eventuales pedidos de prórroga del lapso para acreditar las conformidades en el expediente, so riesgo de afectar severamente los derechos de los acreedores -quienes también podrían atravesar dificultades financieras-.

v) Por último, si se adopta esta solución, es conveniente adelantarse al análisis de un eventual fracaso del procedimiento de renegociación; es decir, al supuesto en que, abierto el procedimiento, el concursado no reúna las mayorías necesarias para modificar los términos del acuerdo homologado.

Evidentemente, el proceso de algún modo debe continuar, por lo que surgen dos opciones posibles: decretar la quiebra del deudor, o mantener los efectos del acuerdo anteriormente homologado.

La falencia no es una salida deseable por múltiples y conocidas razones sobre las que no cabe abundar aquí. Ello así, la opción más adecuada al tipo de proceso es reafirmar la vigencia y validez del acuerdo tal como fue homologado en la oportunidad del artículo 52 de la LCQ.

Además, también se presenta como la variante jurídicamente correcta, toda vez que, en definitiva, y a diferencia de lo que ocurre cuando no se reúnen las mayorías durante el período de exclusividad, aquí ya tenemos un acuerdo homologado que mantiene sus efectos, respecto al cual corresponde transitar la etapa de cumplimiento, independientemente de si se pretendió modificarlo o no. No hay razón válida para privarlo de sus consecuencias naturales por el solo hecho de haber intentado el concursado una -fallida- readecuación de sus términos.

Si se acepta esto último, corresponde tener en cuenta que si se hubiera decidido suspender cautelarmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del concordato que vencían durante el transcurso de las negociaciones, habrá de establecerse un modo de pagarlas. Véase que en tal



DECONOMI

caso el acuerdo homologado recupera plena vigencia, por lo que el fundamento que inspiraba la suspensión habrá desaparecido.

En esas condiciones, lo ideal sería que el juez fijara un plazo prudencial para permitir al concursado ponerse al día con las obligaciones vencidas pendientes de cumplimiento, compaginando la estructura del proceso con el resultado fallido de un procedimiento atípico que perseguía precisamente refinanciar las deudas concursales. Aunque, claro está, ese plazo será fatal, y si una vez agotado el deudor no cumplió, ya nada podrá impedir la declaración de la quiebra si un acreedor legitimado o el representante del comité de control la solicitara.

Desde luego, nada cabría resolver si no se hubiera admitido cautelarmente la suspensión aludida, puesto que el concursado habrá tenido que pagar puntualmente sus obligaciones, so riesgo de que le pidan la quiebra (art. 63 LCQ).

vi) Finalmente, tal como lo hemos anticipado, en caso de que el procedimiento resultare exitoso y el concursado obtuviera las conformidades necesarias para readecuar los términos del acuerdo, será necesario un pronunciamiento judicial que homologue este nuevo concordato.

La cosa juzgada que emana de la sentencia que homologa el acuerdo solo podría ser válidamente modificada mediante una resolución judicial debidamente fundada, que en estos casos estará ineludiblemente precedida de la reunión de las conformidades que reúnan la mayoría exigible.

Además, considerando los efectos *erga omnes* que produciría -de homologarse- el acuerdo alcanzado en este procedimiento de renegociación, deberá abrirse una etapa de impugnación semejante a la establecida en el artículo 50 de la LCQ, de manera tal que todos los interesados puedan ejercer el contralor pertinente sobre un acto jurídico con potencialidad para afectar seriamente sus intereses.

Para expedirse respecto a la homologación, indudablemente el juez de la causa tendrá las potestades de control del acuerdo que están previstas en el artículo 52 de la ley concursal. Corresponde al magistrado, entonces, no solo un control de carácter formal acerca de la reunión de las mayorías



DECONOMI

exigibles, sino también el análisis sustancial del contenido del nuevo convenio celebrado entre el deudor y sus acreedores, pues en ningún caso podrá homologar un acuerdo (en este caso, readecuando uno anterior) que resulte abusivo o en fraude a la ley.

Sobre este tópico, deviene plenamente aplicable la profusa jurisprudencia que se ha desarrollado alrededor de las nociones de propuestas abusivas o fraudulentas⁷⁸.

(g) Concluyendo el estudio de esta variable, reafirmamos que resultaría complicado admitir, desde la perspectiva de la fundamentación jurídica, la implementación de una renegociación de los términos de un acuerdo preventivo homologado.

Corroborar esa conclusión el análisis realizado precedentemente acerca de cuestiones que deberían tenerse en consideración en caso de que se imponga un procedimiento de esas características. Es que, por los motivos explicitados, las normas que rigen en el período de exclusividad no son fácilmente trasladables a una renegociación que sucedería en un contexto completamente distinto, en una etapa mucho más avanzada del proceso.

Empero, no cabe descartar que en la práctica judicial se verifique algún caso en el que se admita un procedimiento de renegociación del acuerdo, en cuyo caso seguramente habrán de ponderarse las aristas enunciadas en el apartado anterior.

V. Conclusión.

En el recorrido de este trabajo hemos intentado abordar la problemática objeto de estudio desde un punto de vista jurídico y objetivo, con el propósito de analizar críticamente las posibilidades que brinda el sistema concursal actual para encauzar los procesos concursales en trámite con acuerdo homologado, afectados por la inesperada crisis de la pandemia.

⁷⁸Entre otros precedentes destacados: CSJN, 15.03.2007 “Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”; íd, 20.10.2009, “Sociedad Comercial del Plata S.A. y ots.”.



DECONOMI

Indudablemente, lo óptimo hubiera sido la sanción de leyes por parte del Congreso que de algún modo impongan pautas de corte general a un problema de semejante envergadura.

Pero ello no quita que los operadores jurídicos, tanto abogados en ejercicio de la profesión como quienes desempeñan la magistratura, busquen la forma de conciliar los diversos intereses en juego acudiendo a todas las herramientas disponibles y ampliando los horizontes de la interpretación jurídica mediante un método sistemático.

Bajo esta concepción hermenéutica, y con la prevención de que siempre se presentarán dificultades prácticas que deberán ser sorteadas, es posible arribar a una razonable reestructuración de los procesos mediante la postergación del cumplimiento de las obligaciones surgidas del acuerdo homologado, lo cual se presenta como una respuesta jurídica armonizadora de los intereses en juego, y a la vez razonablemente fundada desde una perspectiva jurídica crítica.

El paso del tiempo y el desarrollo de la jurisprudencia dirá si las herramientas referidas serán eficaces para brindar algún tipo de alivio a las empresas concursadas en un contexto tan desfavorable como el presente.



“La transición energética y la imperiosa necesidad de reforma de la ley nro. 26.123 de Promoción del Hidrógeno”

por Eliana Cintia Scasserra ⁷⁹

La ley nro. 27 191 denominada «Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía destinada a la Producción de Energía Eléctrica», modificatoria de la ley nro. 26 190, su decreto reglamentario nro. 536/2016 y las resoluciones nro. 71 y 72 del ex Ministerio de Energía y Minería, permitieron crear el Programar RenovAr y, en el marco de ese programa, llevar adelante las Convocatorias Abiertas Nacionales e Internacionales para la adjudicación de Contratos de Abastecimiento de Energía Eléctrica a partir de Fuentes Renovables a través de CAMMESA (Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima) en representación de los agentes distribuidores y grandes usuarios del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) que dan lugar al desarrollo de plantas de generación eléctrica renovable. En el marco de esos contratos, el desarrollador del proyecto es el Vendedor y el Comprador es CAMMESA. La energía se transa a un precio fijo, el adjudicado, que queda establecido en el contrato por el plazo de duración de este (20 años).

El éxito de las Rondas 1, 1.5, 2 y 3 —tal es el nombre que recibieron las mencionadas convocatorias— permitió el real despliegue de las energías renovables en nuestro país que, anteriormente a estas, solo contaba con diez proyectos de plantas de generación eléctrica a partir de fuentes renovables cuyos contratos se habían celebrado en el marco de las resoluciones nro. 712/2009 y 108/2011, ambas de la ex Secretaría de Energía.

Paralelamente, se creó, en virtud de la resolución nro. 218/2017 el Régimen de Mercado a Término de Energía Eléctrica Renovable (MATER) que permite la inscripción en el Registro de Proyectos de Energías Renovables (RENPER) de proyectos de generación eléctrica de fuentes renovables con

⁷⁹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, egresada de la Carrera de Especialización en Derecho y Política de los Recursos Naturales y el Ambiente (tesina pendiente de entrega) y ayudante de Segunda de la materia Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente de la cátedra de la Dra. Beatriz Krom de la carrera de grado de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



DECONOMI

miras a ser desarrollados por empresas del sector privado que, luego, venden la energía generada a otra empresa privada y negocian, entre ambas partes, un precio en un contrato que celebran entre ellos.

Finalmente, en diciembre del mismo año se sancionó y aprobó la ley nro. 27 424 denominada «Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable integrada a la Red Eléctrica Pública». El objetivo de la ley es promocionar la generación de energía para autoconsumo y, en caso de que el usuario-generador tenga un excedente, volcar este a la red y recibir una compensación que se verá reflejada en la factura de la distribuidora de energía eléctrica. El cálculo de esa compensación se realiza mediante un mecanismo que se llama «*net billing*».

¿Cómo se reflejan estas medidas en números? En la actualidad, hay más de 300 proyectos terminados o en operación, se instalaron más de 6200 MW de nueva potencia, lo que equivale a más de 22 TWh/año de generación renovable. Asimismo, esto permitió un evitar más emisiones por más de 11 millones de toneladas de CO₂eq y diversificar la matriz energética y hacerla más «verde».

En consecuencia, es posible afirmar que, a diferencia de 2006, año en que se sancionó la ley nro. 26 190, en 2021 y gracias al puntapié inicial del Programa RenovAr, el despliegue de las energías renovables en Argentina ya es un hecho.

No obstante, es necesario abordar modos de minimizar los puntos débiles de estas fuentes, es decir la intermitencia y la imposibilidad de almacenamiento. Para ello, el uso de un vector energético aparece como opción para hacer frente a esas dos cuestiones. Respecto del almacenamiento, si bien es cierto que es posible el almacenamiento, en pequeña escala, de estas fuentes renovables en baterías de litio, estas son una opción poco útil para los proyectos de plantas de generación eléctrica renovable de gran escala.

El desarrollo de plantas de hidrógeno verde permitiría la instalación de plantas de generación eléctrica de fuentes renovables híbridas, es decir plantas que combinen las tecnologías eólica, solar fotovoltaica e hidráulica, lo



DECONOMI

que, a vez, permite que la intermitencia de cada una de ellas se vea compensada por la constancia, en ciertos momentos, de la otra. En otras palabras y a modo ejemplificativo: en un hipotético caso de planta de hidrógeno instalada junto con una planta híbrida solar y eólica, cuando hay sol el parque solar generará energía eléctrica a partir de esa tecnología y, durante la noche, cuando hay viento, podrá generarla a partir de la tecnología eólica.

Luego, en el electrolizador y mediante energía eléctrica de fuente renovable proveniente de los parques que compartan localización in situ con la planta de hidrógeno, se produce la electrólisis del insumo agua (H_2O), es decir la ruptura de la molécula compuesta por 2 átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. El electrolizador retiene los 2 átomos de hidrógeno y libera el átomo de oxígeno en forma de vapor a la atmósfera, lo cual es completamente limpio en términos ambientales. Los 2 átomos de hidrógeno son lo que se denominan hidrógeno verde. El término «verde» se aplica porque la electricidad usada para la electrólisis proviene de generación de fuentes renovables.

El hidrógeno así generado puede ser almacenado, por ejemplo, en tubos similares a los que se usan para el GNC (gas natural comprimido) y puede ser transportado, ya sea mediante camiones que carguen esos tubos, a través de hidrógenoductos o, en su defecto, de gasoductos, mediante la adaptación de estos últimos, por ejemplo, con el revestimiento de polietileno en su interior. Eso permitiría usar los ductos existentes de gas natural para la exportación de hidrógeno verde. También es posible almacenarlo en forma de amoníaco verde, cargarlo en barcos y transportarlo interoceánicamente. Si la planta de hidrógeno que, en el mismo sitio, contendría la planta solar fotovoltaica y eólica, se ubica en las cercanías a un puerto, eso permitiría la exportación sin necesidad de grandes costos de transporte entre la planta y el puerto.

En síntesis, ¿cuáles son los beneficios del hidrógeno verde? Permite el almacenamiento a gran escala de energías renovables, permite mitigar su intermitencia y permite su transporte y exportación, lo cual podría generar un impacto positivo en la balanza de pago del país.



DECONOMI

En Argentina, está vigente la ley nro. 26.123 denominada «Promoción del Hidrógeno», sancionada y aprobada en 2006 con vencimiento en 2022, conforme el artículo 21 de esa norma. La ley fue sancionada cuando en Argentina todavía no había tenido lugar el anteriormente mencionado despliegue de las energías renovables, por lo que sus términos han quedado obsoletos. Tanto es así, que su artículo 2° establece que promueve el desarrollo del hidrógeno pero no aclara qué tipo de hidrógeno, por lo que debe entenderse que promueve el desarrollo de todo tipo de hidrógeno, lo cual no estaría en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por Argentina que implican la reducción de emisiones de CO₂ y la aceleración de la transición energética, con la consiguiente descarbonización del sector y la eliminación progresiva del uso de combustibles fósiles.

Además del hidrógeno verde, existen otros «colores» de hidrógeno. Los colores se asocian a la fuente de la cual proviene ese hidrógeno. Los destacables son, por un lado, el hidrógeno gris que se genera a partir del gas natural o del metano (CH₄) mediante el reformado con vapor y calificado como carbono neutro y, por el otro, el hidrógeno azul, también asociado con la extracción de hidrocarburos pero que incorpora métodos de captura y almacenamiento de carbono (CSS) por lo que contribuye a la reducción de emisiones.

El inciso f) del artículo 3° hace mención a la «(...) *necesidad de disminuir la contaminación ambiental (...)*» pero el mismo artículo en su inciso g) indica que uno de los objetivos de la ley es «*[i]mpulsar el estudio de la obtención del hidrógeno a partir del uso de energías renovables y no renovables (...)*», lo que resulta contradictorio. La ley debería indicar explícitamente que propende a fomentar exclusivamente, como escenario de máxima, el desarrollo del hidrógeno gris, verde y azul, ya que el desarrollo de esos «colores» de hidrógeno son los están en sintonía con los pactos internacionales ratificados por Argentina en materia de derecho ambiental internacional. Este tipo de incoherencias deberían indicarse para no dejar abierta la posibilidad a interpretaciones abiertas.

En lo que concierne a la autoridad de aplicación, la ley vigente no fija ninguna en particular. A mi entender, no puede dejarse librado al arbitrio del



DECONOMI

Poder Ejecutivo Nacional la elección de órgano de la Administración Pública Nacional que desempeñe ese rol. Debería hacerse mención explícita a la Secretaría de Energía como autoridad de aplicación, por ser ese mismo órgano el que es actualmente autoridad de aplicación de la generación eléctrica a partir de fuentes renovables.

Si bien la ley fomenta el desarrollo de conocimiento en el ámbito académico, la innovación tecnológica y la transferencia de tecnología y *know-how*, no menciona ninguna meta de generación de potencia a partir del desarrollo de plantas de hidrógeno, ni final ni intermedia. Asimismo, carece de menciones explícitas que resulten atractivas para futuros inversores, tales como beneficios fiscales y beneficios relacionados con la necesaria importación de equipos para el desarrollo de la obra civil que implica la instalación de una planta de hidrógeno, ya que no hay fabricación nacional del equipamiento.

Finalmente, creo que, luego de modificarla, sancionarla y aprobarla con la mayor brevedad dado el escaso tiempo que queda para su vencimiento, será necesario que el decreto reglamentario y resoluciones derivadas abran paso al lanzamiento de licitaciones para la adjudicación de HPP (Hydrogen Purchase Agreement), es decir contratos de abastecimiento a partir del hidrógeno (verde, azul o gris) que permitan el desarrollo de plantas de hidrógeno en nuestro país.

En la región LATAM, el LCOE (costo nivelado de la energía) de Argentina es uno de los más bajos, por diversos motivos, quizá, el principal, por los subsidios que todavía se aplican a la electricidad. El desafío que tiene Argentina por delante es lograr la estabilidad macroeconómica, la baja del riesgo país y de las tasas de descuento para que, a la hora de hacer el cálculo del LCOH (costo nivelado del hidrógeno) los números «cierren». Hasta no lograr que esas variables sean alentadoras, no habrá apetito inversor dispuesto a traer divisas al país. Esas variables son las que determinan el CAPEX (costo del capital) en la proyección financiera. Sin un CAPEX bajo, no será posible lograr un costo del hidrógeno «pagable» por la sociedad.

Todo lo anterior debería ir acompañado del diseño de un plan energético, como mínimo, a 2050, año en el que el sector público y el privado



DECONOMI

de varios países se comprometieron a lograr la meta de emisiones netas cero en el marco de una Asamblea de Naciones Unidas llevada a cabo en 2019. El plan energético debería ser una política de estado, no de gobierno, porque la energía involucra inversiones multimillonarias y obras civiles de gran envergadura que no pueden estar sujetas a los vaivenes políticos de los cambios de gestión. Como dirían los ingenieros, la entropía no es sostenible en el tiempo. Frente al caos, se impone, inexorablemente, la necesidad de orden. Y creo que de eso se trata el diseño de un plan: de poner orden en el desorden. Y creo que el momento de hacerlo es ahora, justamente con la COP26 aconteciendo en Glasgow mientras escribo este artículo. No queda más margen para procrastinar.



“Ley penal más benigna ¿La CSJN le puso punto final a la discusión con el fallo “Vidal”?”

por Juan Manuel Álvarez Echague, Gabriel E. Ludueña y Antonio J. Cricco

I.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo parte del análisis de un caso reciente que tuvo resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN-.

Se trata del fallo: "Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.769" de fecha 28 de Octubre de 2021 –en adelante “Vidal”-.

Sucedió que nuestro máximo tribunal ha hecho nuevamente aplicación del principio de jerarquía constitucional y convencional que exige en materia penal la adopción de la ley penal más benigna.

Lo novedoso es que lo ha hecho luego varios años (catorce) durante los cuales se puso en discusión la aplicación del precedente “Palero”⁸⁰, al caso del aumento de los umbrales mínimos que existen para la mayoría de las figuras penales tributarias.

En “Palero” se aplicó la garantía conforme la reforma de la ley 26.063 a la ley 24.769. Luego se volvieron a aumentar los montos por la ley 26.735, pero la CSJN aplicó a dicha cuestión el certiorari (art. 280 CPCyCN) en el caso “Soler”⁸¹, por lo tanto privó a la casuística en debate de la definitiva postura judicial.

Por último, en relación con el nuevo régimen penal tributario por ley 27.430 el mismo no había sido hasta el momento analizado expresamente por el máximo tribunal.

Antes de iniciar el análisis del caso en concreto verteremos algunos conceptos sobre la garantía constitucional denominada ley penal más benigna.

II.- EL PRINCIPIO DE LEY PENAL MÁS BENIGNA.

⁸⁰ Fallos 330:4544.

⁸¹ Del 18 de febrero de 2014.



DECONOMI

En materia penal, a diferencia del derecho financiero, el principio de irretroactividad de la ley está consagrado expresamente en la Constitución Nacional.

De esta manera el art. 18 de la Carta Magna señala que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (“*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”).

Sin embargo, el CP en su artículo 2º establece como excepción lo siguiente: “*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*” (el subrayado es propio).

El principio de retroactividad de la ley penal más benigna solo tenía jerarquía legal, pues estaba receptado en el CP, pero pasó a tener jerarquía constitucional a partir de 1994⁸², por imperio del actual art. 75 inc 22 de la CN, que le otorga a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional.

Concretamente se prevé esta jerarquización por efecto del contenido del art. 9 del Pacto de San Jose de Costa Rica y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señalan “*...Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

Asimismo, estos tratados otorgan una pauta interpretativa en sentido amplio, de las garantías receptadas pues contienen disposiciones que prohíben a los Estados formular interpretaciones que signifiquen un menoscabo a los derechos reconocidos, so pretexto de que el Tratado lo reconoce en un menor grado⁸³.

⁸² Anterior a esa fecha solo tuvo jerarquía constitucional con la vigencia del art. 29 de la Constitución de 1949, pero luego esta normativa fue derogada.

⁸³ El artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de



DECONOMI

Con respecto a la vigencia de las normas penales, el CP argentino no contiene una norma específica al respecto, por lo tanto debemos remitirnos a nuestro Código Civil y Comercial Unificado que en su art. 7° señala que *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”*.

Tal como sostiene Sebastián Soler⁸⁴ *“al sucederse una o varias leyes penales, la cuestión que se presenta es la de investigar con que ley debe juzgarse un hecho, a saber: si con aquella que regia cuando el hecho se cometió, o con la que rige cuando se dicta la sentencia, o mientras se cumple la pena, o con una ley intermedia”*.

Según Eugenio Zaffaroni,⁸⁵ la ley penal más benigna no es solo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un

conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

El pacto de San Jose de Costa Rica tiene una disposición similar contemplada en el art. 29 que reza de esta manera: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁸⁴ Soler Sebastian, *“Derecho Penal Argentino”*, Tomo I, Tea, Buenos Aires, 1992, pág. 246.

⁸⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul, Alagia Alejandro, Slokar, Alejandro en *“Derecho Penal Parte General”*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 121.



impedimento a la operatividad de la penalidad o del menor tiempo de prescripción. También menciona que puede ser una distinta clase de pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales.

III.- EL TEMA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS MONTOS EN LA LEY 26.735, EN OTRAS LEYES Y EN LA CARTA MAGNA.

Se había dicho que no podía entenderse que la ley 26.735 que modificó el régimen penal tributario sea una mera norma actualizadora⁸⁶.

La ley 23.771, en su art. 2, disponía oportunamente una forma de actualización de los montos de manera mensual⁸⁷.

Tiempo más tarde, se dictó la Ley 23.928⁸⁸, que estableció la paridad cambiaria (un peso = un dólar) promulgada el 27 Marzo de 1991, y se prohibió todo tipo de actualización de valores.

Si bien, en el año 2002 se dictó la Ley 25.561, modificatoria de la Ley 23.928, y que quebró la paridad cambiaria con una devaluación, nada ha sido alterado, respecto de la imposibilidad de actualizar deudas o valores⁸⁹.

⁸⁶ Al respecto Gabriel Ludueña (*“La aplicación de la nueva ley penal tributaria en el tiempo. Ley penal más benigna y periodos fiscales involucrados”*. Publicado en *Rev. Impuestos (La Ley) 2012-4*, 19) ha dicho que los montos, no sufrían alteración alguna, desde el año 1997 (donde un dólar era igual a un peso), salvo en lo que respecta al art. 13 de la ley 26.063 (BO 09/12/2005) -que había elevado de \$5.000 a \$10.000- el monto, a partir de cual el delito previsto en el artículo 9 de la ley 24769, resultaba punible... “...si tomamos en cuenta la actualización de los montos desde el año 1997, a la fecha de la reforma (Diciembre del 2011) aplicando el índice de precios al consumidor nivel general, veremos que el aumento que aplicó la reforma ha resultado por encima de estos valores...Ello, así pues “actualizar” alude al solo mantenimiento del valor de una suma dineraria, que se ha visto envilecida, por el transcurso de un periodo de tiempo inflacionario. Como la reforma no ha tomado un índice actualizador sino que lo ha hecho en un 400%, emparentado al patrón dólar, debemos hablar de un aumento de los montos.

De esta manera, no se puede justificar, la no aplicación de la garantía de la retroactividad, bajo el argumento, de que se trato de una simple actualización de los montos, motivada por la inflación”.

⁸⁷ Conforme a la variación que experimente el índice de precios mayoristas nivel general que publique el INDEC tomándose como base el índice de diciembre de 1989.

⁸⁸ Ley de convertibilidad.-



DECONOMI

Parte de la doctrina⁹⁰ sostiene que la reforma en análisis debía retomar este camino, y que al contemplarse un mecanismo de actualización en la propia norma, no se estaría en una modificación del tipo penal. En síntesis no habría vulneración del principio de legalidad y tampoco habría aplicación del principio de ley penal más benigna, pues el aumento de los montos por un coeficiente indexatorio solo tendría como motivo el reconocimiento del efecto inflacionario y no un cambio valorativo legislativo.

Claro que ello, no es posible por los impedimentos, establecidos en las leyes 23.928 y 25.561.

El propio mensaje del Poder Ejecutivo, que integró el proyecto de reforma, de fecha 17/03/2010 (se publicó bajo ley 26735), refería que la modificación pretende o ha tenido por finalidad actualizar los montos mínimos utilizados como condiciones objetivas de punibilidad, a los fines de que representen, una adecuada proporción entre el injusto y el bien jurídico tutelado, disminuyendo el cumulo de causas de menor cuantía, permitiendo que la justicia se enfoque en las grandes evasiones.

De esta manera, señalaba que: *“...el aumento del monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados, no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna. Ello, en atención a que no extraña una modificación de la política criminal en la materia, sino exclusivamente una adecuación cuantitativa que mantiene incólume la decisión punitiva fijada por el legislador respecto de dichos ilícitos, sin establecer nuevos rangos de eximición penal”*.

En estos términos, se propiciaba incorporar a la ley 24.769 como art. 17 bis la siguiente disposición: *“El aumento fijado como condición objetiva de*

⁸⁹ De esta forma, art. 10 de la ley 23.928, en su redacción actual, dispone que se mantienen derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

⁹⁰ Durrieu Roberto y Becerra (H), “Análisis de la Reforma al Régimen Penal Tributario”, publicado en Suplemento Especial “Reforma del Régimen Penal Tributario”, La Ley (Enero/Febrero 2012), pág. 32.



punibilidad en los distintos tipos contemplados en la presente, no dará lugar a la aplicación del principio de ley más benigna. En los hechos cometidos con anterioridad resultaran aplicables los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión". Respecto de ello, el proyecto del PEN, señalaba en lo sustancial que al ser los montos, condiciones objetivas de punibilidad, su adecuación cuantitativa mantiene incólume la decisión punitiva del legislador.

Este fue uno de los puntos más criticados de aquel proyecto por parte de la doctrina⁹¹ pues se consideraba inconstitucional esa prohibición y en razón de ello se entiende que la ley 26.735 no la aceptó.

Otra parte de la doctrina, la que entendemos minoritaria, señaló que si los montos se han actualizado, a raíz de que se han envilecido por la inflación, no debe aplicarse la nueva ley, pues el reproche penal se mantiene, ya que los hechos tenían entidad económica suficiente al momento de la consumación⁹².

A nuestro modo de ver, la retroactividad de la ley penal más benigna tiene lugar ante un aumento de los montos, a raíz de la interpretación amplia que ha tenido el principio (de jerarquía constitucional según art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en las palabras de la CSJN en la difundida causa "*Palero*", que remite a su par "*Cristalux*", al sostener que el propósito de este principio es que el delincuente se beneficie lo más posible de cualquier modificación ulterior de la legislación.

Resulta apropiado extendernos en señalar este desarrollo jurisprudencial.

IV- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

⁹¹ Entre otras opiniones, destacamos a Durrieu Roberto y Becerra (H), "Ley Penal Tributaria. El proyecto de reforma y sus posibles consecuencias". LL 20/05/10.

⁹² Hernán De Llano y Nicolás Ramayón "Los delitos económicos en la jurisprudencia" Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, Pág. 774 con cita a Bonzon Rafart y Vidal Albarracin "Los límites monetarios en los regímenes penal tributario y aduanero" Revista Tributación de la AAEF N° 1, Pág. 115.



DECONOMI

De forma incidental no podemos de dejar de mencionar con respecto a la actualización de las penas, no de los importes evadidos a partir de los cuales se aplica las sanciones, que en materia de multas aduaneras, -según art. 10 de la ley 21.898-, la jurisprudencia de la CSJN ha sufrido una evolución.

En un primer momento, en la causa "*D'Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina*"⁹³ del año 1982, consideró inconstitucional las leyes que impliquen empeorar las condiciones de los infractores pues ello transgrede el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal en cuyo concepto se incluye el régimen de actualización monetaria contenido en la ley 21.898.

Luego, expresamente se abandona esta postura, en el caso "*Bruno Hnos. S C y Otro c. Estado Nacional*"⁹⁴ del año 1992, pues se consideró que el monto nominal de la multa es susceptible de ser actualizado por depreciación monetaria, en la medida que no se altere la relación entre la sanción y el valor de la mercadería, pues ello no implica un agravamiento de la sanción sino que impide que se desnaturalice.

También, en relación a problemas inflacionarios, la CSJN continuó rechazando la aplicación del principio de ley penal más benigna en "*San Cristóbal*"⁹⁵ de 1994 donde señaló, que el mantenimiento de la sanción es independiente a que subsista, al momento de decidir la aplicación de la multa, el régimen de tarifas mínimas establecidas en base a la ley 20.425, que se había vulnerado.

Resulta pertinente traer a colación, el caso de la ley 19.359, reguladora del derecho penal cambiario (donde abundan las normas penales en blanco), pues en su art. 20 inc. a) dispone que no resultará de aplicación el principio de ley penal más benigna.

En el ámbito jurisprudencial, a modo de regla, la CSJN, no había considerado de aplicación el principio de la ley penal más benigna, en materia

⁹³ Fallos: 304: 849.

⁹⁴ Fallos 315:923.

⁹⁵ Fallos 317: 1541 del 17/11/1994



DECONOMI

penal cambiaria, y en materia de leyes penales en blanco⁹⁶ cuando no se modificare el tipo legal o la pena.

De esta manera, la CSJN en “*Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. ley 19.359*”⁹⁷, de 1997, señaló que las variaciones de la ley penal en blanco, no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, pues estas son actos administrativos, de naturaleza eminentemente variable, y ello importaría despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlos.

En similar sentido, se pronunció en el caso “*Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario*”⁹⁸ de 1998, pero ya con la disidencia de Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert que anticiparon la postura que se impondría finalmente. También integro la disidencia, según su propio voto, la opinión del Dr. Petraqui.

Fayt, Boggiano y Bossert, en su disidencia, mas precesisamente en el considerando 9° señalaron “...*para la interpretación de los tratados es necesario acudir al principio de buena fe...y a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana sobre Derecho Humanos en su artículo 29 y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 5 que disponen que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en los pactos o limitarlos en mayor medida que la prevista en ellos*”.

⁹⁶ Comparto lo sostenido por destacada doctrina que señala respecto de este principio y la aplicación de la retroactividad de la ley penal más benigna lo siguiente: “La ley penal se integra: con A (ley del congreso que establece acción y pena) + B1 (reglamentación del PEN que completa o llena la acción delictiva), de modo que para condenar, luego se concluye: A+B1. Ahora bien, si con posterioridad por una derogación o reforma de la reglamentación la situación pasa a ser: A (ley del congreso se mantiene inalterada) + B2 (nuevo reglamento que desincrimina la conducta que antes era punible), los tribunales...suelen decir que sigue habiendo tipicidad porque A no cambio...Esto no parece correcto desde la lógica...Ergo, si la ley de hoy, el conjunto A+B2, es más benigno que el anterior: el conjunto A+B1, no debería aplicarse. De Luca Javier A. en “Leyes Penales Más Benignas, En Blanco y Constitución Nacional”, Ed. Ad. Hoc, 2 Edición, Año 2010, págs. 15 y 16.

⁹⁷ Fallos 320:763 de fecha 06 de Mayo de 1997.

⁹⁸ Fallos 321:824 de fecha 16 de Abril de 1998.



DECONOMI

Y, en el considerando 14° señalaron: “...que la única razón para admitir la ultra actividad de la ley penal debe hallarse en los supuestos de leyes temporales o de emergencia...”

Petraqui, en el considerando 7°, transcribiendo en parte la sesión en la ONU en que se dictó dicho pacto, señaló: “no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de la aplicación de esta garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de que “el delincuente se beneficie lo más posible de cualquier modificaciones ulteriores de la legislación”...” “...se vería inicialmente sembrado de obstáculos”. Por último, este magistrado comparte con la disidencia anterior el hecho de que este principio no operaría ante supuestos de leyes temporales o de emergencia.

Esta doctrina de la CSJN, se transformó en mayoría, en la causa “Cristalux SA”⁹⁹, de fecha 2006, donde la CSJN, remite al voto de la disidencia de “Ayersa”, y en particular al del Dr. Petraqui.

De esta manera, pasa a integrar la postura de la mayoría de la CSJN, la tesis que sostiene que resulta imposible pretender que una rama del derecho represivo esté excluida de la esfera de aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, ya que de otro modo, el propósito de este principio (que el delincuente se beneficie lo más posible de cualquier modificación ulterior de la legislación) se vería obstaculizado.

Solo cabría la aplicación con ultraactividad en supuestos en que la modificación normativa tenga naturaleza coyuntural, es decir que se trate de una ley de emergencia o temporal.

La CSJN, a partir de la doctrina fijada en “Cristalux SA”, ha hecho aplicación de esta garantía, respecto a los delitos penales tributarios.

Ello aconteció en la causa “Palero Jorge Carlos s/ Recurso de Casación”¹⁰⁰ del año 2007, donde estableció que el art. 13 de la ley 26.063 -

⁹⁹ Cristalux S.A. s/ ley 24.144, Fallos 329:1053 de fecha 11 de Abril de 2006.



que había elevado el monto, a partir de cual el delito previsto en el artículo 9° de la ley 24.769, resultaba punible-, debía ser aplicado como **ley penal más benigna**, pues la modificación introducida¹⁰¹, importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra.

Expresamente, el Dictamen de la Procuración se remite a la disidencia de “Ayersa” y a la causa “Cristalux SA”, y la CSJN comparte dicho dictamen.

Vemos que la CSJN en esta causa (“Palero”) ya ha resuelto una situación análoga a la que se plantea con la reforma y con el aumento de los montos, por lo que entendemos no debería cambiar su postura, sobre todo porque el 28/07/2009, reafirma el criterio de “Cristalux SA” en la causa “Docuprint SA s/inf. Ley 24.144”.

V- EL CASO “VIDAL”.

A continuación haremos el relato de los hechos de la causa y de la resolución adoptada.

V. a. Antecedentes.

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, luego de valorar que la ley 27.430 no era aplicable retroactivamente como ley penal más benigna, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, casó y anuló la decisión recurrida proveniente de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que -a su turno- había confirmado –en lo que aquí interesa- el sobreseimiento total de Matías F. Vidal y de Francisco Susmel en orden a las supuestas evasiones de pago del Impuesto a las Ganancias¹⁰².

¹⁰⁰ De fecha 23 de Octubre de 2007, que a su vez, remite al dictamen de la Procuración, de fecha 22 de Septiembre de 2006.

¹⁰¹ Aumento el monto de cinco mil pesos (\$5.000) a diez mil pesos (\$10.000).

¹⁰² Correspondientes al ejercicio fiscal 2011 y del Impuesto al Valor Agregado por el mismo ejercicio (períodos fiscales mensuales 1, 2 y 3 del 2011) a cuyo ingreso se habría encontrado obligada la contribuyente RB INDUSTRIAL S.A.



DECONOMI

La defensa técnica solicitó un dictado de una sentencia plenaria, que fue rechazado, lo que motivo la interposición de un recurso extraordinario, el que fue admitido.

En cuanto a los restantes antecedentes cabe destacar que la sanción de la ley 27.430 (B.O. 29.12.2017) introdujo significativas reformas en el régimen impositivo argentino en general, entre las cuales, por intermedio de su artículo 279, consagró un nuevo régimen penal tributario que derogó al anterior (artículo 280) que estaba vigente según ley 24.769 (B.O. 15.1.1997), con las reformas introducidas por las leyes 26.063 (B.O. 9.12.2005) y 26.735 (B.O. 28.12.2011). En lo que aquí concierne, mantuvo el sistema de cuantías mínimas para regular algunos de los delitos en él previstos, tratándose -por lo demás- de una modalidad que ya contemplaba su predecesora -la 23.771 (B.O. 27.2.1990)- con las modificaciones introducidas por ley 24.587 (B.O. 22.11.1995) que las catalogaba como condiciones objetivas de punibilidad, en calificación que había abandonado la ley 24.769 (y sus reformas) y que el actual Régimen (ley 27.430) retoma (artículo 1º, último párrafo).

A partir de la ley 27.430, el máximo representante del Ministerio Público Fiscal dictó la Instrucción General aprobada por resolución PGN 18/18, de fecha 21 de febrero de 2018 suscripta por el Dr. Casal e impartió la directiva, a todos los fiscales con competencia federal en materia penal, para que se opusieran a su aplicación retroactiva. Mantuvo así los lineamientos trazados en la otrora resolución PGN 5/12, del 8 de marzo de 2012, a propósito de la reforma que la ley 26.735 había introducido en las cuantías mínimas de los distintos delitos del anterior régimen penal tributario (24.769).

Asimismo, la Administración Federal de Ingresos Públicos instruyó a las áreas del Organismo de Aplicación para que acompañaran al Ministerio público Fiscal en su oposición a la consideración de ley penal más benigna por aumentos de montos mínimos a partir del cual se dispara la punibilidad, todo eso en el entendimiento que tales aumentos no responderían a cambios valorativos del legislador, sino a meras actualizaciones de montos por efecto de la inflación que envilece a la moneda de curso legal.



DECONOMI

Ello por supuesto generó una gran cantidad de causas a resolver en la instancia del Máximo Tribunal.

La CSJN entendió en lo sustancial que la Casación debió hacer lugar al plenario planteado por los recurrentes, invocando los fallos “Casa” (Fallos: 328:3399) y “Di Nunzio” (Fallos 328:1108, considerandos 8 y 10 con cita a fallos 318:514 “Girolodi”).

En este sentido la CSJN consideró que debía mantenerse incólume la doctrina fijada en *Palero*¹⁰³ y le formuló a la instancia de Casación Sala III ciertas críticas como la falta de certeza y prontitud que deben guiar la actividad jurisdiccional a tal punto que podría declararse, por estar reunidos los extremos del caso, la nulidad del auto de concesión del recurso por falta de fundamentación a la vez que también por falta de agotamiento de la competencia propia del tribunal intermedio, todo conforme doctrina en causa “Di Nunzio” (Fallos 328:1108). Pero tal proceder solo generaría mayores demoras a una tramitación penal que obviamente debería resolverse con la mayor prontitud posible.

Es por lo tanto que la CSJN entendió que el tema de la actualización monetaria que plantea la ley 27.430 no es una novedad que justifique apartarse de “*Palero*” y que dicha cuestión en todo caso quedó zanjada cuando se dictó el fallo “*Soler*”.

La CSJN en el considerando 17 señala que una lectura de los antecedentes parlamentarios que culminaron con la sanción de la ley 26.063, refleja que -contrariamente a lo sostenido por las partes acusadoras y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal- efectivamente sí se había dicho algo sobre la “*actualización monetaria*” en ocasión de tratarse ese proyecto de ley y señalarse que la modificación introducida en el “*monto cuantitativo*” del entonces artículo 9° de la ley 24.769 respondía a esa finalidad.

¹⁰³ Fallos: 330:4544. Los términos de ese parecer no se modificaron en el caso “*Soler*” (18 feb 2014) cuando la Corte Suprema desestimó, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación un planteo similar.



DECONOMI

La CSJN señala que no se ha observado un motivo o parámetro para sostener que efectivamente los nuevos montos cuantitativos hayan respondido a una actualización monetaria.

En el considerado 18 se da cuenta del trámite que recibió el proyecto de ley (26.735) con el agregado del art. 17 bis en cuanto consagraba que el aumento de los montos no dará lugar a la aplicación de la ley penal más benigna. Finalmente la ley salió publicada sin esa disposición que obviamente se presume que se la entendió inconstitucional hasta por el propio redactor legislativo y por ende no la incorporó como norma positiva.

En el considerando 19 se enfatiza que la creación por parte de la ley 27.430 de la UVT¹⁰⁴ tampoco permite apartarse del precedente “Palero”. En estos términos expreso que no tenía sentido crear las UVT *“si es hasta ese momento las sucesivas reformas introducidas en los “montos cuantitativos” encontraban ese obstáculo para calificar como “actualizaciones monetarias” pasibles de operar del modo en que se argumenta.*

Es decir, si el legislador hubiera entendido que la elevación de los montos eran una mera actualización monetaria no se entiende porque creó en esa misma ley las UVT.

Por último en el considerando 22) concluye la CSJN que, cabe descalificar lo resuelto por la Sala III en el sub lite, al igual que en todas las decisiones adoptadas en los restantes casos en los que replicó la misma solución y en cuyo marco el Tribunal resolverá por remisión a autos en tanto y en cuanto confluyan las mismas circunstancias, es decir para la gran cantidad de casos análogos al resuelto “Vidal” se deberá aplicar inmediatamente el mentado principio de Ley Penal Mas Benigna y dejar de lado la persecución penal respectiva.

V.b. La CSJN entendió que no hubo una actualización monetaria.

¹⁰⁴ Unidad de Valor Tributario (cfme. ley 27.430, art. 302).



La CSJN observa que no puede interpretarse válidamente de la ley que el aumento de los montos se corresponda con una actualización monetaria además de no haber ninguna razón para apartarse del antecedente “Palero” donde también había una justificación en tal sentido.

En consuno para ello, es decir para actualizar montos, el legislador habría creado las UVT.

V.c. Las distintas opiniones del procurador Casal.

Indudablemente la génesis de esta controversia que la CSJN recientemente ha resuelto, proviene a partir de la reedición efectuada por el actual Procurador General Interino, quién en el año 2018 por medio de la RG 18/18 reeditó a su similar RG 5/12 y por lo tanto entendió que este principio constitucional y convencional de ley penal más benigna no era aplicable pues solo implicaba para el caso un cambio normativo por actualización de valor a causa de la inflación y no una modificación valorativa Legislativa.

No obstante el criterio adoptado en el año 2018 es contradictorio con la postura asumida por este Funcionario cuando en su momento como Procurador Fiscal debió dictaminar en el caso “Palero” pues ahí sí entendió que la modificación de montos, no obstante haber quedado bien claro en esta sentencia en comentario que se debió a un cambio de importe por efecto de la inflación (actualización), lo habría sido a partir de una modificación valorativa del legislador, ya que solo modificó en su monto uno de los tipos penales y no la pluralidad de los contenidos en la Ley 24.769.

A partir de tal errado criterio, que la CSJN obviamente resaltó y descartó en su existencia fundante, entendemos que se ha desencadenado toda esta acumulación de causas penales sin resolución firme y definitiva hasta esta sentencia “Vidal”, ya que se obligó a partir de tal errado criterio la sistemática apelación de todas las decisiones que aplicasen el principio de ley penal más benigna a casos como el de autos.



VI. CUESTIONES SIN RESOLVER, PROBABLES CONTROVERSIAS A FUTURO.

En este punto en primer lugar entendemos que más allá de la loable y bienvenida doctrina de la CSJN en relación con la actividad plenaria de la Casación Federal, no deberíamos pasar por alto que sí en su momento el Máximo Interprete hubiese sido explícito en la resolución de la causa “Soler”, la cual era análoga también como en este caso a una infinidad de casos radicados en tal Tribunal, indicándonos que la cuestión a resolver era sustancialmente idéntica a “Palero”, creemos que hubiese sido de gran ahorro, evitando todo este dispendio, pues habría obturado o dejado sin argumentación la interpretación emanada de la RG 18/18 de la PGN.

Más allá de ser de la idea, que la eventual existencia de un plenario en la CFCP tampoco hubiese evitado el cúmulo de causas en la CSJN, pues consideramos muy probable que por medio de recursos de queja las fiscalías y querellas hubiesen seguido recurriendo a la CSJN conforme orden impartida por parte de la RG 18/18.

Por otro lado igualmente la falta de aplicación, ante estos indudables escenarios inflacionarios que atraviesa el país, de una unidad de indexación tributaria o similar (UVT), conlleva a que actualmente exista una expansión de causas penales tributarias que lo más probable es que lleven a una solución legislativa similar a la otorgada por la ley 27.430 en aumentos de montos, máxime ante la falta de reglamentación y operatividad de la unidad de valor tributario (UVT) que referenció la propia ley 27.430¹⁰⁵, pero que nunca hasta el momento se efectivizó normativamente, lo cual podría volver a reeditar la cuestión. Teniendo que por ende ser muy preciso y explícito el Legislador para exponer su voluntad de simplemente actualizar montos.

No obstante en relación a su falta de expresa regulación actual de la UVT, en una evidente pasividad tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, entendemos que tal omisión puede ser superada por la propia interpretación y

¹⁰⁵ Según art. 303 de la ley 27.430 se debió enviar por parte del PE un proyecto de la ley antes del 15/09/2018, pero luego se prorrogó por art. 88 de la ley 27.467 hasta el 15/09/2019, no obstante hasta el momento no se ha sido aprobado la respectiva ley que operativa tal UVT.



aplicación que de tal unidad hiciese para casos de denuncias penales el propio Poder Judicial, pues entendemos que perfectamente puede suplir la desidia del legislador, adecuando a cada momento consumativo del hecho los importes actualizados, utilizando para ello el índice de precios al consumidor nivel general¹⁰⁶ elaborado por el INDEC, siendo tal proceder un claro ejemplo garantista de aplicación del principio “pro homine” por inacción de los otros poderes del Estado.

De hecho sí tenemos en cuenta que la ley 27.430 es de aprobación diciembre de 2017 y que el referido índice de precios al consumidor nivel general ha tenido hasta octubre de 2021 un incremento de casi un 200%, concluimos que la aplicación del referido coeficiente implica en los hechos concretos -ejemplo para la muy común figura de la apropiación indebida de tributos o recursos de la seguridad (cfme. art. 4° y 7° RPT)- que actualmente no fuesen punibles -tal cual marca el nominalismo de la ley- hechos que superen los \$ 100.000 mensuales de no ingreso, sino únicamente si alcanzaren el umbral de los \$ 296.850,00 para octubre de 2021, con lo cual es obvio que la inflación que aqueja a nuestro país posee su fuerte impacto en estos casos, generándose por consiguiente que se persigan penalmente en los hechos situaciones que no fueron valoradas como punibles por el Legislador al momento de sancionarse la norma represiva.

VII.CONCLUSIÓN.

El Máximo Tribunal, como en la causa “Palero Jorge Carlos s/ Recurso de Casación”¹⁰⁷ del año 2007, se aferró a sus precedentes.

Interpretó que la ley 27430 no era actualizatoria y desechó el argumento plasmado en la instrucción 18/18 suscripta por el procurador interino Casal. Con eso le basto a la CSJN.

¹⁰⁶ Que es el que actualmente se utiliza conforme Ley Impuesto a las Ganancias, art. 93 y 106 para actualizar ciertos importes para liquidar tal

¹⁰⁷ De fecha 23 de Octubre de 2007, que a su vez, remite al dictamen de la Procuración, de fecha 22 de Septiembre de 2006.



DECONOMI

Seguramente el fallo Vidal coloque en agenda la necesidad de efectivizar las UVT. Si ello sucede surgirá otro debate sobre si dicha novedad torna inoperante la garantía de ley penal más benigna.

Es por ello que este tema ha quedado resuelto hasta el momento pero con leyes actualizatorias o con las propias UVT volverán a escena la aplicación de la garantía solicitada por los defensores en una interpretación amplia y la postura contraria por parte de los fiscales.



DECONOMI

Jurisprudencia Condensada:

“Responsabilidad del administrador de la Sociedad Anónima”

por María de las Mercedes Marcos

Índice alfabético de fallos:

- ARGIZ, Alfredo C/ ANTENA 2 de tv S.A. s/ Ordinario
- BARROS NEGROS S.A. c/ JASCALEVICH, Alejandro s/ Ordinario
- BELAC SA c/ CURET, Sebastian y Otros S/ Ordinario
- BIOCERES SEMILLAS S.A c/ DEMETAGRO S.A. y Otro s/ Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés - Recurso de apelación.
- CALDERAS Y TANQUES LA MARTINA SA s/ Quiebra s/ Acción de responsabilidad
- COMPAÑÍA FINANCIERA DEL PLATA S.A. s/ Quiebra c/ Carlino, Reynaldo F. y Otro s/ Ordinario
- CONFORTAR HOGAR S.A c/ SERRANO, Ernesto Lorenzo y Otros s/ Quiebra
- CLINICA MODELO LAFERRERE SA C/ VARELA, Roberto Jorge s/ Ordinario
- DAICH EDGARDO ALBERTO C/ CENTRO DE SALUD REPRODUCTIVA CER SA S/Ordinario
- DIAFARA SA c/ MAZZARA, Maria Viviana y Otro s/ Ordinario
- ESCAPADA, Ana Sol y Otro c/ CAMBIOS NORTE SA s/ Ordinario
- FERNÁNDEZ, Manuel y Otro c/ LA CANDELARIA DE DARDO ROCHA S.A s/ Ordinario
- GAMESTAR SA c/ PESQUERA SANTA ELENA SA y Otro s/ Ordinario
- KEVICAN SA C/ TOSCANI, Carlos Antonio s/ Ordinario.



DECONOMI

- KUFERT, Horacio Leon c/ BERAJA, Ruben Ezra y Otros s/ Ordinario.
- OLDADLER, Sebastian c/ BLACHER, Angel y Otro s/ Ordinario.
- PAZ HERRERA RIVARDO, Adrian c/ BRUFU NIUBO, Antonio y Otro s/ Ordinario.
- ROTGER, Norberto Reinaldo c/ LOCOCO Oscar Ruben y Otro s/ Ordinario.

Índice Temático

- Imputación objetiva y subjetiva de responsabilidad: Sumario: 1
- Deber de lealtad y diligencia del administrador: Sumarios: 2, 3 y 4
- Acción social de responsabilidad. Sumarios: 5 y 6
- Acción social de responsabilidad por accionista: Sumarios: 7, 8 y 9
- Acción individual de responsabilidad: Sumarios: 10, 11 y 12
- Prescripción: 13 y 14
- Administradores de hecho: Sumarios: 15
- Exención de responsabilidad: 16, 17 y 18.

1. Imputación objetiva y subjetiva de responsabilidad

Imputar una responsabilidad solidaria e ilimitada, objetivamente sustentada, implica desconocer la realidad negocial, sin embargo, el desarrollo de las empresas y la toma de conciencia de la realidad mercantil en la que se mueven las sociedades y los administradores, han logrado una subjetivización de la imputación de la responsabilidad, que atiende la actuación real y efectiva de cada director, atendiendo aspectos esenciales, así como la actividad generada por el administrador por la consecución del objeto social, la jerarquía de la norma violada, la existencia de un acto deliberado por parte del infractor y un daño traducido en un perjuicio patrimonial para la sociedad, los socios o los terceros.

CNCom, Sala C, 15/12/16, ESCAPADA, Ana Sol y Otro c/ CAMBIOS NORTE SA s/ Ordinario.

2. Diligencia del administrador (responsabilidad)



DECONOMI

En los procesos ejecutivos contra la sociedad demandada no se puede solicitar la extensión de responsabilidad al administrador, ello debido a que el mismo no resulta el marco idóneo para resolver estas cuestiones, por lo que la extensión de responsabilidad debe ser promovida mediante un juicio ordinario, donde se deberán acreditar los factores de atribución de la responsabilidad y se estudiarán con el fin de corroborar que están presentes los requisitos necesarios para que proceda la acción. Los hechos que llevaron al administrador a incurrir en alguno de los supuestos previstos en los arts. 59 y 274 de la Ley 19550, mal desempeño de su cargo, violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, deben ser acreditados en un proceso amplio.

CCC Córdoba, Sala 1 a, 13/04/17 BIOCERES SEMILLAS S.A c/ DEMETAGRO S.A. y Otro s/ Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés - Recurso de apelación.

3. Diligencia del administrador (responsabilidad)

Los directores en su obrar, deben actuar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios (Art. 59 Ley 19550), por ende se le imputara responsabilidad al director que, en ejercicio de sus funciones, abuse de sus facultades, por ejemplo como el caso de autos, entregar bienes de la sociedad para saldar deudas personales, sin el consentimiento de los órganos de gobierno y administración, lo que lleva a que, evaluando la actuación cuestionada y las circunstancias del caso, se compruebe el daño a la sociedad y a su vez la voluntad de beneficiarse de esa situación (Art. 274 Ley 19550). Por lo que el haber generado ese daño es lo que vuelve operativo el interés resarcitorio legitimando a su titular, ya que la indisponibilidad del bien en cuestión es suficiente evidencia del perjuicio causado y habilita al accionante a reclamar el lucro cesante.

CNCom, Sala D, 10/11/2015 KEVICAN SA C/ TOSCANI, Carlos Antonio s/ Ordinario.

4. Diligencia del administrador (responsabilidad)

El Art. 59 de la LGS, establece dos normas de conducta del director, quien debe obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Existirá responsabilidad por omisión, cuando el administrador omita impedir el actuar incorrecto de otros, que conociera o haya debido conocer de haber sido lo suficientemente diligente. La responsabilidad del director nace de la circunstancia de integrar el órgano de administración; de manera tal que, su conducta debe valorarse en función de su actividad u omisión y aunque no actúe directamente en hechos que originan las responsabilidades, por cuanto es función de cualquier integrante del órgano de administración controlar la gestión



DECONOMI

empresarial (CNCom, esta Sala B, "Transportes Perpen SA s/ quiebra c/ Ernesto Perpen y otros s/ acción de responsabilidad", del 20-12-06).

CNCom Sala C, 9/11/2017 KUFERT, Horacio Leon c/ BERAJA, Ruben Ezra y Otros s/ Ordinario.

5. Acción social de responsabilidad

La acción social interesa al colectivo, procurando lograr un provecho para la sociedad, siendo uno de los requisitos fundamentales para que proceda que la responsabilidad del director haya sido tratada por la asamblea de accionistas y resolver afirmativamente para el inicio de la misma acción. Asimismo, esa decisión de responsabilidad del administrador producirá como consecuencia necesaria, la automática remoción del director o directores responsables.

CNCom. Sala A; 30/09/2008 ARGIZ, Alfredo C/ ANTENA 2 de tv S.A. s/ Ordinario.

6. Acción social de responsabilidad

Garreta Such, suministra una definición de la acción social al decir que ella es aquella acción procesal dirigida contra los administradores de la sociedad anónima como consecuencia de una acción negligente y culpable, productora de un daño a los intereses de la sociedad y cuya titularidad corresponde en primer lugar a la sociedad y en su defecto a los accionistas y acreedores, siendo su finalidad la reparación del daño causado por aquellos en el ejercicio de sus cargos (Gagliardo, "Responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas", Tomo III, pag. 2157, año 2011).

CNCom, Sala D, 3/10/2019. BELAC SA c/ CURET, Sebastian y Otros S/ Ordinario.

7. Acción social de responsabilidad por accionista

La acción de responsabilidad social y concursal de los directores no deben confundirse, ya que si bien contienen el mismo legitimado pasivo, la acción societaria tiende a la reparación de daños e intereses causados al ente, con independencia de que resulte o no causa de la cesación de pagos de la sociedad, en cambio el síndico en la acción concursal busca recomponer el patrimonio de la sociedad fallida, que es la prenda común de los acreedores, siendo el dolo el único factor de atribución —subjetivo— al que se puede acudir para imputar responsabilidad a los administradores. En cambio, las acciones sociales previstas en la LGS, la imputabilidad subjetiva es más amplia y, por lo tanto, más severa



DECONOMI

que en el ámbito de la quiebra, pues rige la culpa o bien el dolo, imputando una responsabilidad ilimitada y solidaria. (Gagliardo, Mariano, op. cit., T. III, n° 1602).

CNCom, Sala D, 11/06/2007 CONFORTAR HOGAR S.A c/ SERRANO, Ernesto Lorenzo y Otros s/ Quiebra.

8. Acción social de responsabilidad por accionista

Incoada una demanda de responsabilidad contra el directorio de una SA, corresponde subsumir el reclamo dentro de lo establecido por el Art. 279 de la Ley 19550 -acción de responsabilidad individual-, y no en el artículo 276 -acción social- como plantea la actora. Para que accionista inicie una acción social de responsabilidad en los términos del Art. 276 es requisito fundamental que se hubiera opuesto a la aprobación de la gestión del directorio. Atento que en este caso no se cumple con el primero de los requisitos para que proceda la acción por parte del socio, la misma es subsumida por la acción individual del Art. 279 de la LGS, por lo que el socio no estará actuando en representación del interés social, sino que lo hará en interés personal, por lo que le corresponderá demostrar haber sufrido un perjuicio directo e individual en su patrimonio.

CNCom, Sala B, 02/06/09 FERNÁNDEZ, Manuel y Otro c/ LA CANDELARIA DE DARDO ROCHA S.A s/ Ordinario.

9. Acción social de responsabilidad por accionista

La acción social de responsabilidad, conforme lo previsto en el Art. 277 de la LGS, puede ser ejercida por el accionista subsidiariamente, siempre que la promoción de la acción hubiera sido decidida por el órgano asambleario; debiendo concurrir dos supuestos fundamentales para legitimar al accionista, que los representantes legales del ente no accionaran y haber operado el plazo de tres meses de exclusividad que la ley le otorga a la sociedad para iniciarla. Por último, cabe destacar que, el socio actúa en representación del interés social, por lo que toda indemnización que obtenga implicará un ingreso para la sociedad, sin perjuicio del reclamo de los gastos que la hubieran generado la promoción de la misma.

CNCom, Sala C, 20 /10/16 PAZ HERRERA RIVARDO, Adrian c/ BRUFU NIUBO, Antonio y Otro s/ Ordinario.

10. Acción individual de responsabilidad

El objeto de la acción individual contemplada en el art. 279 es reparar los daños directos ocasionados a los socios o a terceros, pero no los perjuicios indirectos



sufridos por menoscabo del patrimonio social. La demanda de autos fue rechazada debido a que, si bien la sociedad demandada presentaba ciertas irregularidades, el accionante no logra demostrar la existencia de perjuicios directos y concretos o la relación entre aquel accionar y la afectación directa que le causa dicha irregularidad (Muguillo, “Conflictos societarios”, pag. 259, año 2009).

CNCom Sala C, 10/09/2015 GAMESTAR SA c/ PESQUERA SANTA ELENA SA y Otro s/ Ordinario

11. Acción individual de responsabilidad

La acción individual de responsabilidad contra los directores de una sociedad anónima requiere, como la acción social, la existencia de un daño, pero con la diferencia de que la lesión debe ser personal y directamente sufrida por el socio sobre su patrimonio. Es decir que ambas acciones pueden derivar de un mismo hecho dañoso, pero se diferencian por el carácter general o especial del perjuicio sufrido. (Gagliardo, “Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas” Tomo II, pag 2192, año 2011).

CNCom sala E, 12/02/2019 ROTGER, Norberto Reinaldo c/ LOCOCO Oscar Ruben y Otro s/ Ordinario.

12. Acción individual de responsabilidad

La acción individual de responsabilidad se admite siempre que exista un perjuicio personal a un socio o bien un tercero facultado a accionar, provocado por los actos u omisiones de los administradores, pero cuando hablamos de perjuicio personal, nos referimos a que debe existir un perjuicio directo a su patrimonio y no por el de la sociedad, es decir que “apunta a subsanar el daño directo causado al socio, pero no los perjuicios indirectos sufridos por el menoscabo del patrimonio social” (Martorell, “Los directores de las sociedades anónimas”, pag. 425, año 1994).

CNCom, Sala C, 30/06/2011 GOLDADLER, Sebastián c/ BLACHER, Angel y Otro s/ Ordinario.

13. Prescripción

Nuestra legislación establece que el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante el juez, inclusive cuando la demanda fuere defectuosa, como el caso de estudio, donde el actor al iniciar la acción de responsabilidad no cumple con los requisitos del Art.330 del CPCC, no pudiendo determinar los daños y su cuantía, sin perjuicio de ello el juez debe dar curso a la demanda y a su vez otorgar un plazo razonable para subsanarla. Siempre priorizando lo establecido por el Art. 2546 del CCC, ya que cualquier



petición que se haga ante la jurisdicción que corresponda demuestra la voluntad de no abandonar el derecho.

CNCom, Sala E, 20/10/2016, CLINICA MODELO FAFERRERE S.A c/ VARELA, Roberto Jorge s/ Ordinario.

14. Prescripción

El Código Civil y Comercial en su artículo 2.554 establece que el plazo de la prescripción comienza el día en que la prestación es exigible, es decir que el conteo principia desde el día en que la acción puede ser ejercida judicialmente. Sin embargo, el conocimiento de la prescriptibilidad de la acción, por parte del acreedor, es fundamental para el inicio del conteo del plazo, ya que desde ese momento y no antes del perjuicio asume carácter de cierto y susceptible de apreciación por la víctima. Sin perjuicio de que el CCC adopta como principio general, la exigibilidad de la prestación para el inicio del conteo del plazo de prescripción, no obsta entender a las particularidades que tienen algunas hipótesis que permiten entender que el criterio no es rígido sino, por el contrario, flexible a las contingencias de la vida jurídica. (Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo XI, Art. 2554, página 338, año 2015).

CNCom, Sala E, 30/10/18 DIAFARA SA c/ MAZZARA, Maria Viviana y Otro s/ Ordinario.

15. Administradores de hecho

Como regla, a los administradores de hecho se les debe aplicar el mismo régimen de responsabilidad que corresponde a los administradores de derecho, la cuestión fue resuelta en nuestro país con un fallo de la CNCom sala B en el año 1968 “Frigorífico Setti Sacia s/Convocatoria: hoy quiebra”, donde se estableció que si la actuación de los funcionario de facto ha producido efectos en la vinculación de la sociedad en su relación con terceros, tal hecho debe traer consigo la aplicación del régimen de responsabilidad previsto para quien ejerce tales funciones. Siendo esta solución la que mejor protege a los terceros de buena fe, a los socios y a la misma sociedad.

CNCom, Sala D, 12/05/2016 CALDERAS Y TANQUES LA MARTINA SA s/ Quiebra s/ Acción de responsabilidad.

16. Exención de la responsabilidad



DECONOMI

El director de la sociedad no puede pretender eximirse de responsabilidad manifestando que ejerció su rol en carácter de subordinado de la misma, el administrador de la SA responde ante la sociedad, los socios y terceros por el cumplimiento de su gestión en los aspectos relativos a la participación asignado por la ley y por el contrato social o reglamento, en su caso, en los actos de constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad (Muguillo, “Conflictos societarios”, página 251, años 2009). Es una responsabilidad que le compete por el simple hecho de conformar el órgano de administración, sin perjuicio de que en sede laboral se calificara al vínculo de las partes como una relación de dependencia, ya que tal como manifestó el juez de grado en la sentencia apelada “tal circunstancia no obsta a la posibilidad de que se analice la responsabilidad atribuida, pues la LGS acepta que no exista incompatibilidad alguna entre el carácter de director y empleado de la misma sociedad”.

CNCom, Sala E, BARROS NEGROS S.A. c/ JASCALEVICH, Alejandro s/ Ordinario.

17. Exención de responsabilidad

El principio general presupone responsabilidad de todos los directores que participaran de la deliberación o resolución del directorio o que tomaron conocimiento de la decisión en cuestión. Sin perjuicio de ello, el director podrá quedar exento de responsabilidad 1) si deja constancia escrita de su protesta en el libro de actas de directorio, si se encuentra imposibilitado para hacerlo, deberá dar inmediata cuenta de su oposición por medio fehaciente (carta documento), 2) Notificar su oposición al síndico, aunque no será necesario si el éste estaba presente en la reunión y el director dejó constancia de su oposición 3) hacerlo tempestivamente, ósea antes que su responsabilidad denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la Autoridad competente o se ejerza la acción judicial.

CNCom sala A, 14/05/2009, COMPAÑÍA FINANCIERA DEL PLATA S.A. s/ Quiebra c/ CARLINO, Reynaldo F. y Otro s/ Ordinario.

18. Exención de responsabilidad

Responsabilidad del director cesante: La renuncia es un acto unilateral del director, que requiere aceptación y hasta tanto puede retractarse, porque el Art. 259 de la LGS, la somete a la aceptación del directorio si no afectare el funcionamiento regular del mismo. Quien no es más administrador, no puede responder por hechos inherentes a la administración de la sociedad. Desde que su renuncia fue aceptada ha dejado de ser administrador, cesando desde ese momento las funciones del administrador renunciante y, aun cuando la misma no fue inscrita en el Registro Público, por lo que no se podrá configurar una responsabilidad atribuible al administrador cesante. (Halperin, Otaegui



DECONOMI

“Sociedades Anónimas”, pag. 471, año 1998). Sin perjuicio de ello, la renuncia no exime de responsabilidad por actos anteriores a ella, ni aun por deliberaciones posteriores de actos en los cuales el renunciante ha intervenido o cooperado.

CNCom, Sala D, 22/03/18, DAICH EDGARDO ALBERTO C/ CENTRO DE SALUD REPRODUCTIVA CER SA S/Ordinario.

