



DECONOMI

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

AÑO VI - NÚMERO 19 - AGOSTO DE 2023

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

<u>Nota del director</u> por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
Doctrina	
<u>“Esbozo sobre los administradores sociales y el aprovechamiento de oportunidades de negocios.”</u> por Fernando G. D´Alessandro	Pág. 6
<u>“Las categorías constitucionales y la inoponibilidad de la persona jurídica”</u> por Patricia A. Fernández Andreani y Lino A. Palacio	Pág. 18
<u>“Las DAOs como nuevo paradigma del comercio asociativo en la perspectiva jurídica argentina y española”</u> por Juan Sebastián Forciniti	Pág. 39
<u>“La implicancia tributaria en las indemnizaciones laborales a través de la jurisprudencia”</u> por Daniel Barbato	Pág. 71
<u>“Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia”</u> por Sebastián J. Marturano	Pág. 85
<u>“Evolución y sistema de la sociedad cotizada en el derecho español”</u> por Jesús Quijano González	Pág. 104
<u>“Algunas consideraciones en relación al representante legal en las Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”</u> por Hernán J. Racciatti	Pág. 137
<u>“Minería del litio y comunidades sostenibles: una mirada desde la perspectiva del derecho ambiental”</u> por Natalia Waitzman	Pág. 150



DECONOMI

Nota del Director

En esta oportunidad nos reencontramos para brindarles un espectro amplio de variada temática con la esperanza de que sea del agrado y utilidad al lector.

Como siempre, agradecemos las muy valiosas contribuciones de los autores, quienes desinteresadamente contribuyen con la Revista del Departamento.

Y, una vez más, aprovecho esta oportunidad para invitar a todos a participar de otras ediciones.

Además, dado el receso invernal, recomiendo reservar un momento de tranquilidad para disfrutar de este nuevo número, esperando sus comentarios para mejorar en cada nueva entrega.

Disfrútenlo y muy felices vacaciones.

Héctor Osvaldo Chómer



DECONOMI

“ESBOZO SOBRE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y EL APROVECHAMIENTO DE OPORTUNIDADES DE NEGOCIOS”

por Fernando G. D’Alessandro¹

1. Introducción .

Los directores de sociedades anónimas y, en general, los administradores societarios deben ejercer sus funciones cumpliendo los estándares de conducta y los deberes inherentes a su cargo previstos por la ley, el estatuto o el reglamento.

En nuestro derecho tales pautas aparecen normativamente previstas fundamentalmente en la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) y en el Código Civil y Comercial de la Nación unificado (en adelante, CCyCN).

Tales regímenes imponen a los administradores el deber de obrar con la diligencia *“propia de un buen hombre de negocios”* y el de obrar con lealtad, deberes de carácter fiduciario² por resultar contrapartida lógica de la confianza depositada en ellos por parte de la sociedad y los socios que los han elegido para desempeñar su cargo, por sus condiciones profesionales y personales.

En este contexto, cabe advertir que resulta frecuente que esos administradores tomen conocimiento de *“oportunidades de negocios”* durante el ejercicio de su función o, incluso, con motivo de su desempeño.

Tal situación es la que lleva a determinar de quién es la oportunidad de un concreto negocio; quién y en qué condiciones puede aprovecharla para sí o para terceros; y cuáles son las consecuencias de un indebido aprovechamiento de la misma, una apropiación o desvío en su caso, cuestiones que han sido

¹ Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial. Abogado especializado en Contratación y Mercados Financieros Internacionales (Universidad de Castilla – La Mancha, España). Profesor adjunto regular de Sociedades y de Elementos de Derecho Comercial U.B.A. Ex Profesor adjunto regular de Contratos Civiles y Comerciales U.B.A. Profesor titular de Posgrado (UCES). Ex Profesor Asociado de Posgrado (U.B.).

² Sobre el carácter fiduciario de los deberes de los administradores, ver LLebot, José O., *“Los deberes y la responsabilidad de los administradores”*, en *“La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles”*, dir. Rojo, Ángel-Beltrán, Emilio, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 24 y sigtes.; Piedra Arjona, Jordi, *“Los deberes fiduciarios de los Administradores en las Sociedades de Capital”*, Ed. Comares, España 2021; Halperín, Isaac-Otaegui, Julio C., *“Sociedades Anónimas”*, Ed. LexisNexis-Depalma, Buenos Aires 1998, 2da. ed., pág. 546 y nota 200; Reyes Villamizar, Francisco, *“Derecho Societario en los Estados Unidos y en la Unión Europea”*, Ed. Legis, 4ta. Ed., Bogotá 2013, pág. 222 y sigtes. entre muchos otros.



profusamente tratadas por doctrina extranjera y, en menor medida, por los autores de nuestro país.

2. Deberes de conducta de los administradores

a. Deber de diligencia

No es objeto principal de este trabajo, pero resulta menester cuanto menos señalar que la actividad de los administradores sociales es remunerada y reviste carácter profesional (LGS: 261, 157, 274 y ccds.).

El legislador ha dejado abierta la posibilidad de que la sociedad elija a sus administradores prescindiendo de su condición de socios. En definitiva, no se exige ser socio para ser administrador de una sociedad, entre otras razones, para permitirle al ente un espectro amplio de alternativas que conduzcan a la elección de las personas más idóneas para el ejercicio de la función de administración.

La experiencia y la capacidad profesional son los parámetros previstos en abstracto por el legislador como fundamento para la elección de administradores de una sociedad. Y su conducta será evaluada “ex post facto” de acuerdo a la diligencia esperable de un “buen hombre de negocios”. Este estándar, presente en la Ley General de Sociedades y en muchos otros ordenamientos con alcance similar, debe interpretarse como referido a la idoneidad en el concreto negocio o línea de negocios previstos en el objeto de la sociedad que fue convocado a administrar, y no en relación a cualquier negocio.

En definitiva, los administradores no tienen obligaciones de resultado por su gestión³. Es que el negocio societario es aleatorio, y está sujeto a riesgos; y ese riesgo es común al ente y a sus integrantes que tienen derecho a participar de las utilidades y obligación de contribuir a soportar las pérdidas (LGS:1, 11, 13, 68, 224 y ccds.). Pero sí tienen los administradores el deber de obrar en forma diligente en orden a la consecución de los mayores beneficios posibles para la sociedad y sus socios, de acuerdo al objeto y a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodeen su actuación profesional (cfr. art. 1725 del CCyCN)⁴.

³ Rovira, Alfredo L., “Responsabilidad de los directores por la gestión empresarial”, LL 2005-E, 1127.

⁴ Roitman, Horacio y colaboradores, “Ley General de Sociedades Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, T. II, pág. 341 y sigtes.).



b. Deber de lealtad

El art. 59 LGS también impone a los administradores el deber de lealtad. Un deber típicamente fiduciario, como adelantamos.

En este caso, independientemente de la diligencia, se exige a los administradores obrar con lealtad, anteponiendo siempre el interés social al suyo propio o al interés de terceros, vinculados o no⁵.

En el desempeño del cargo, los administradores tienen acceso a información sensible acerca del negocio, de las condiciones de desarrollo de la actividad social, del mercado, de la competencia, etc. Establan relación con dependientes, asesores, proveedores y tienen dentro de la esfera de su competencia actos propios de lo que Otaegui llamaba “*gestión operativa*” y “*gestión empresarial*”⁶. Esta última se encuentra fuertemente vinculada a la organización de la empresa y de los factores de producción y comercialización de bienes y servicios para optimizar la aptitud de generar utilidades.

La imposición del deber de lealtad en cabeza de los administradores es correlato de la confianza depositada en su desempeño, de la relevancia de su función y de las consecuencias que podrían derivarse de una actuación infiel.

Las diversas manifestaciones que provienen del deber de lealtad pueden sistematizarse en obligaciones positivas y negativas y dentro del núcleo de estas últimas se encuentra la prohibición general de los administradores de obtener ventajas en detrimento de la sociedad⁷.

Desde esta perspectiva resulta pertinente analizar el proceder exigible a los administradores frente a la aparición de oportunidades de negocios durante el ejercicio de su función y las posibilidades de aprovechamiento.

c. Deber de secreto, reserva o confidencialidad

⁵ Garrigues, Joaquín, “*Curso de Derecho Mercantil*”, Ed. Temis, Bogotá 1987, T. II, pág. 184.

⁶ Otaegui, Julio C., “*Administración Societaria*”, Ed. Ábaco, Buenos Aires 1979, págs. 75, 88 y sigtes.

⁷ Gagliardo, Mariano, “*Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas*”, AbeledoPerrot, Buenos Aires 2011, T. II, pág. 866 y sigtes.



DECONOMI

Sin ánimo de agotar los deberes de conducta de los administradores societarios, habremos de destacar la existencia y relevancia del deber de confidencialidad.

El acceso a la información debe ser entendido en el estado de desarrollo del Derecho de Sociedades como un recurso de poder⁸; y su carácter inmaterial no obsta a su consideración como un activo, cuyo valor económico es inversamente proporcional al número de sujetos que la conocen. Esto es, precisamente, lo que conduce a la necesidad de protegerla⁹.

No se trata exclusivamente de atender a la posibilidad de tráfico de información privilegiada (*"insider trading"*) por parte del administrador para sacar eventual provecho de transferencias de acciones propias o de terceros con la consiguiente afectación del mercado de la Oferta Pública de títulos valores.

Se trata de un deber de conducta exigible a los administradores en amparo de una variada gama de situaciones que engloban pero no se circunscriben a lo anterior, como ser las vinculadas a la divulgación de información empresarial más o menos sensible en detrimento de la sociedad e incluso, situaciones vinculadas a la existencia misma de oportunidades de negocios y su eventual aprovechamiento en perjuicio del ente. De ahí el punto de contacto con el objeto principal de este trabajo¹⁰.

El deber de secreto guarda correlación con la facultad de los administradores de acceder a la contabilidad, a los datos y hechos de la vida social. Y si se les otorga ese derecho, resulta lógico que no se les permita divulgar información sensible y confidencial¹¹.

El deber de reserva y la prohibición de traficar información privilegiada no son objeto de regulación expresa en la Ley General de

⁸ D'Alessandro, Fernando G., "*El derecho de información del socio como derecho autónomo*", ponencia presentada al XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata 2010, FIDAS T. III, págs. 97/103.

⁹ Ferrando Miguel, Ignacio, "*El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*", Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid 2002, pág. 27.

¹⁰ Velasco San Pedro, Luis, "*El gobierno de las sociedades cotizadas*", Ed. Marcial Pons, Madrid 1999, pág. 368; Boretto, Mauricio, "*Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Comerciales*", Ed. LexisNexis, Buenos Aires 2006, págs. 172/4.

¹¹ Díaz Echegaray, José Luis, "*Deberes y Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*", Ed. Thomson – Aranzadi, 2da. ed., Pamplona 2006, pág. 183.



Sociedades, pero se infieren del principio general de buena fe con que debe ejercerse la función de administración y se desprenden del deber de lealtad como un deber más concreto. Cabe señalar que tales conductas sí fueron reguladas sucesivamente en el marco del régimen de Oferta Pública de Títulos Valores, que se estructura sobre la necesidad de tutelar el funcionamiento transparente del mercado de capitales nacional¹².

3. Las Oportunidades de Negocios

a. Marco normativo

En nuestro derecho, las llamadas oportunidades de negocios y la posibilidad de su aprovechamiento por parte de los administradores no fueron objeto de regulación expresa en la Ley General de Sociedades ni en la Sección relativa a Personas Jurídicas del Código Civil y Comercial de la Nación. Tampoco merecieron especial atención en sus antecedentes legislativos respectivos.

La cuestión tuvo una primera previsión expresa en el país con la modificación del art. 77 de la ley 17.811 de Oferta Pública de Títulos Valores que, reforzando el concepto del deber de lealtad de los administradores de sociedades que hacían oferta pública de sus acciones, les prohibía “*aprovechar*

¹² La Ley de Mercado de Capitales 26.831 contiene varios preceptos sobre esta materia.

Artículo 102. **Deber de reserva.** *Los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables o persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública y los agentes, según la categoría que corresponda y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o actividad tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente y que por su importancia sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables con oferta pública autorizada deberán guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público.*

Artículo 117.

a) **Abuso de información privilegiada.** *Los directores, miembros del órgano de fiscalización, accionistas, representantes de accionistas y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora o entidad registrada, por sí o por persona interpuesta, así como los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de los agentes de calificación de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la Comisión Nacional de Valores, mercados y agentes de depósito y cualquier otra persona que, en razón de sus tareas tenga acceso a similar información, no podrán valerse de la información reservada o privilegiada a fin de obtener, para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública. Lo aquí dispuesto se aplica también a las personas mencionadas en el artículo 35 de la ley 24.083 y sus modificaciones. En estos casos, el diferencial de precio positivo obtenido por quienes hubieren hecho uso indebido de información privilegiada proveniente de cualquier operación efectuada dentro de un período de seis (6) meses, respecto de cualquier valor negociable de los emisores a que se hallaren vinculados, corresponderá al emisor y será recuperable por él, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder al infractor. Si el emisor omitiera incoar la acción correspondiente o no lo hiciera dentro de los sesenta (60) días de ser intimado a ello, o no lo impulsara diligentemente después de la intimación, dichos actos podrán ser realizados por cualquier accionista.*



DECONOMI

o permitir que otro aproveche, por acción u omisión, las oportunidades de negocios de la sociedad”.

Luego, también mereció atención en el Dec. 677/01, hoy abrogado por ley 26.831, que incluía una regulación específica y más concreta de los deberes de lealtad y diligencia de los administradores de sociedades que intervenían en el régimen de Oferta Pública.

En efecto, el art. 8 inc. a) III del decreto, imponía a los administradores¹³ el deber de *“Organizar e implementar sistemas y mecanismos preventivos de protección del interés social, de modo de reducir el riesgo de conflicto de intereses permanentes u ocasionales en su relación personal con la emisora o en la relación de otras personas vinculadas con la emisora respecto de ésta. “. Agregaba a renglón seguido que ese “deber se refiere en particular: a actividades en competencia con la emisora, a la utilización o afectación de activos sociales, a la determinación de remuneraciones o a propuestas para las mismas, a la utilización de información no pública, al aprovechamiento de oportunidades de negocios en beneficio propio o de terceros.*

En la Ley General de Sociedades la cuestión solo tenía punto de contacto parcial con el art. 272 que impone al director de una S.A. que posea un “interés contrario” al de la sociedad, el deber de poner tal circunstancia en conocimiento del directorio y de la sindicatura y, fundamentalmente, de abstenerse de intervenir en la deliberación de la reunión de directorio, so pena de incurrir en responsabilidad.

Lo propio sucede con la regulación de actividades en competencia del director con la sociedad que por regla general se encuentra vedada, salvo autorización expresa de la asamblea y bajo pena, también, de incurrir en responsabilidad en caso de no contar con ella.

El marco normativo es diverso en otras latitudes, en las que la cuestión recibió previsión específica del legislador, tal el caso de España, Italia, Brasil, Uruguay, Chile y Perú¹⁴.

¹³ El deber alcanzaba asimismo a los fiscalizadores en las materias de su competencia.

¹⁴ Ver art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital española; Decreto Legislativo del 17/01/03 n. 6 sobre *“Riforma organica della disciplina delle società di capital e società cooperative, in attuazione della legge*



DECONOMI

Y el lugar donde más profusamente se ha estudiado la cuestión es en los Estados Unidos de América donde se ha elaborado largamente la llamada “*Corporate Opportunity Doctrine*”, como creación del Common Law y con aplicación de diversos tests para determinar, en cada caso concreto, cuándo la oportunidad de negocios corresponde a la sociedad y no puede ser aprovechada por sus administradores.

b. Plataforma Fáctica

Durante el ejercicio del cargo los administradores pueden tomar conocimiento de oportunidades de negocios, más o menos vinculados con el objeto de la sociedad, actividades conexas, o negocios simplemente convenientes para el ente.

Estos negocios pueden haber sido ofrecidos a la propia sociedad; al director en su carácter de tal; o este último haber tomado conocimiento de la oportunidad en forma paralela al desempeño de su función.

Finalmente, el negocio en cuestión puede suscitar el interés concreto de la sociedad o no; e incluso tal interés puede encontrarse determinado por las posibilidades de financiamiento con recursos propios del ente o de terceros. De tal modo, la existencia del interés (genéricamente hablando) no necesariamente determina la posibilidad de aprovechamiento por parte del ente en un caso concreto.

Sobre estos ejes gira la cuestión que constituye objeto de esta ponencia.

c. “Titularidad” de la oportunidad

Existe consenso más o menos general en punto a que las oportunidades de negocios “de la sociedad” no pueden ser desviadas en provecho propio de los administradores o de terceros.

Tal proceder se considera indebido y merecedor de reproche por cuanto importa un atentado grave al deber de lealtad de los administradores,

3 ottobre 2001, n. 366”; art. 155 de la Ley de Sociedades por Acciones de Brasil de 1976; art. 42 de la Ley de Sociedades Anónimas de Chile de 1981; art. 180 de la Ley General de Sociedades de Perú (ley 26.887).



toda vez que priva a la sociedad de realizar operaciones o inversiones ventajosas en su beneficio personal o de terceros.

La conducta consiste en la sustitución de la sociedad como parte en el negocio que podría haber realizado, para colocarse el mismo administrador o terceros en su lugar con beneficio personal y en detrimento del sujeto de derecho administrado. Por eso, se suele hablar de desvío, apropiación indebida o usurpación de la oportunidad de negocios¹⁵.

Tipificada la conducta como objeto de una prohibición expresa o no, resulta innegable que la misma atenta contra el deber de buena fe y de lealtad de los administradores; y que resulta susceptible de provocar un daño material directo a la sociedad o, cuanto menos, la pérdida de una chance también indemnizable. Incluso cabe la posibilidad de extender al administrador la obligación de traer a la sociedad las ganancias que hubiera percibido con motivo del negocio, prevista por el art. 54, 2do. párr. LGS, con la precaución de que no cabe duplicar el resarcimiento de los mismos daños por la yuxtaposición de normas o vías para responsabilizar al infractor.

Con todo, los contornos de la “titularidad” de la oportunidad (entendida ésta como la correspondencia al interés primario del sujeto habilitado a aprovecharla) no son nada precisos, habiéndose esbozado una serie de pautas a tal fin que fueron sustento de varios de los “tests” elaborados en el derecho anglosajón o recogidos por diversos ordenamientos positivos que regularon expresamente la cuestión.

d. La pauta del objeto social o de la línea de negocios

En nuestro derecho el objeto social consiste en la o las actividades previstas por los socios en el acto constitutivo como núcleo del giro negocial del ente. Debe consignarse con carácter preciso y determinado y determina el marco

¹⁵ V. Gallego, Esperanza, “La responsabilidad civil de administradores de entidades bancarias” en “La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles”, dir. Rojo, Ángel-Beltrán, Emilio, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 513; Miroso Martínez, Pedro, “El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (sociedades cotizadas y no cotizadas)”, Id. vLex: VLEX-39127227, <http://vlex.com/vid/39127227>; Maciel, Hugo D., “Responsabilidad de los administradores por usurpación de negocios conexos de la sociedad”, LL 1996-E, 1078.



DECONOMI

dentro del cual deben ejercer, en principio, su función los administradores y representantes de la sociedad (arts. 1, 11 inc. 3 y 58 LGS).

La relación de atinencia que pueda existir entre la “oportunidad de negocio” y el objeto social constituye pues una pauta de gran relevancia para ponderar su correspondencia al interés social. Y en caso de que el negocio propuesto esté claramente incluido dentro de las actividades previstas en la cláusula enunciativa del objeto, cabe presumir la existencia de interés social en aprovechar la oportunidad. Cuanto menos, ponderando el deber de lealtad impuesto a los administradores, estos últimos deben ponerla en conocimiento del ente y deferirla a su consideración. Caso contrario, si media aprovechamiento inconsulto de la oportunidad negocial, los administradores incurrirían en el ejercicio solapado de actividad en competencia con la sociedad, que en las S.A. no está permitido salvo autorización de la asamblea general (art. 273 LGS).

Ahora bien, la extensión empleada usualmente en la designación del objeto social (pese a los recaudos del art. 11 inc. 3 citado) no contribuye a arrojar claridad sobre la cuestión¹⁶.

Por otro lado, la sola ajenidad del negocio propuesto respecto del objeto social no determina, contrariamente, la ausencia absoluta de potencial interés de la sociedad en su explotación. La sociedad podría variar o ampliar en su caso la línea de negocios que viene desarrollando.

e. Interés Concreto. Recursos.

Al margen del interés de la sociedad considerado desde una perspectiva abstracta, cabe indagar si la misma tiene un interés concreto en la explotación de la oportunidad de negocio. En efecto, puede suceder que el ente esté concentrado en el desarrollo de la misma actividad pero en otras áreas geográficas; o inclinado a la explotación prioritaria de operaciones de otra índole, también previstas en el objeto social; o que simplemente no cuente con los recursos necesarios para aprovechar esta nueva oportunidad, o bien elija volcar sus disponibilidades a otros negocios.

¹⁶ Sobre esta cuestión alerta Maciel, Hugo D., *op. cit.*, pág. 1081.



DECONOMI

En tal caso, la sociedad puede declinar el nuevo negocio que se está ofreciendo y habilitar su aprovechamiento por parte del administrador en forma personal¹⁷.

Entendemos que la cuestión debe ser sometida a decisión de la asamblea general de accionistas por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, parece que la cuestión excede el ámbito de competencia propio del órgano de administración y entraña una alteración del plexo de derechos y obligaciones que entraña el vínculo anudado entre cada administrador y la sociedad administrada, de carácter bilateral. En este contexto, no parece razonable que el administrador pueda erigirse en “juez” y “parte” frente a la situación que involucra intereses contrarios¹⁸.

En segundo lugar, no cabe soslayar que el órgano de administración puede verse incidido por el interés de alguno o algunos de sus integrantes, aun cuando los mismos se abstengan de participar en las deliberaciones (cfr. LGS:272).

Finalmente, y en la misma línea, en el sistema diseñado en nuestro ordenamiento societario, la asamblea general de accionistas es el órgano erigido por la ley como juez natural de la conducta de los administradores (arts. 234, 274, 275, 276 y ccdd. LGS)¹⁹.

Esta conclusión se ve corroborada por la existencia de normas expresas que someten a consideración del órgano de gobierno la eventual autorización para desarrollar actividades en competencia (art. 273) y la ratificación de cualquier otro eventual contrato celebrado entre la sociedad y sus administradores, bajo ciertas condiciones, so pena de nulidad y de incurrir en responsabilidad (art. 271).

¹⁷ En el Derecho Español la posibilidad de aprovechamiento de oportunidades de negocios por parte de los administradores sociales es objeto de una prohibición relativa. La Ley de Sociedades de Capital habilita la posibilidad de una “dispensa” de la veda por parte de la Junta General de Accionistas, en el caso de una oportunidad de negocios concreta (art. 230).

¹⁸ Miroso Martínez, Pedro, *op. cit.*

¹⁹ D’Alessandro, Fernando G., “*Extinción de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: algunas reflexiones sobre su ámbito de operatividad*”, *dpicuantico.com*, Diario Nro. 120, del 24.05.2017.



DECONOMI

Resta ponderar cuál ha de ser la conducta que debe asumir el administrador involucrado en la cuestión en el ámbito de la asamblea general, para el caso de revestir asimismo la condición de socio. Y la respuesta viene de la mano del art. 248 LGS que impone a los accionistas en general el “*deber de abstención*” de votar los acuerdos sobre cuestiones en las que tenga un interés contrario al de la sociedad, por cuenta propia o de terceros, bajo pena de responder por los daños y perjuicios ocasionados cuando su voto sea determinante de la mayoría necesaria para adoptar una resolución válida. Ello sin perjuicio de quedar habilitada la vía de impugnación de la decisión asamblearia por la intervención irregular del administrador-accionista con interés contrario, en los términos del art.251 y ccds. LGS²⁰.

f. Persona que recibe el ofrecimiento

Como adelantamos, el negocio que motiva la oportunidad puede ser ofrecido directamente a la sociedad; a algún administrador en su calidad de tal o de representante legal del ente; o simplemente haber llegado a conocimiento del administrador en ocasión o con motivo del ejercicio de su función.

En las primeras hipótesis, parece no haber lugar a dudas. Si la sociedad no toma conocimiento directo, debe ser anoticiada de la oportunidad y es la persona jurídica la que debe considerar su aprovechamiento. Para que quede habilitado el administrador interesado a explotarla en su propio beneficio, la asamblea debería expedirse y declinarla expresamente. Caso contrario, aquél puede ser pasible de responsabilidad en los términos indicados “supra”.

De configurarse la última hipótesis, y haber tomado conocimiento el administrador de la oportunidad de negocio en forma paralela al desempeño de su función o haber sido ofrecida a éste a título personal, cabría estar a la conexidad o proximidad de la misma con las actividades previstas en el objeto social o con las líneas de negocios de la sociedad, en cuyo caso, deberá necesariamente gestionarse autorización de la asamblea para que quede

²⁰ Nissen, Ricardo A., “*Ley de Sociedades Comerciales*”, Ed. Astrea, Buenos Aires 2010, T. 2, págs. 832/3; Halperín, Isaac-Otaegui, Julio C., *op. cit.*, págs. 221/3 y 695/6; Roitman, Horacio y colaboradores, *op. cit.*, T. V, pág. 83 y sigtes.



DECONOMI

habilitado su aprovechamiento por parte del administrador interesado, sin incurrir en causal de responsabilidad.

En definitiva, las pautas indicadas permitirán determinar a quién corresponde el aprovechamiento de la oportunidad de negocios; en qué condiciones puede ser explotada; cómo debe gestionarse la concurrencia de intereses contrarios entre sociedad y administradores en el caso concreto, de modo de evitar la situación de conflicto de intereses; y en su caso poder valorar la conducta del administrador interesado, en orden a determinar con ulterioridad si se halla incurso en causal de responsabilidad y la medida de su extensión.



“Las categorías constitucionales y la inoponibilidad de la persona jurídica”

por Patricia A. Fernández Andreani²¹ y Lino A. Palacio²²

1. Nociones Generales

Nuestra Constitución Nacional (con apoyatura en diversos Tratados internacionales de Derechos Humanos) recepta el principio de igualdad real en la construcción de ciertas categorías de sujetos de especial tutela, consagrando incluso para ellas, medidas de acción o discriminación positiva en procura de equilibrar las desigualdades de base.

La situación de vulnerabilidad como criterio jurídico transversal encuentra eco en el artículo 75, inc. 23 de la Carta Magna, el cual establece: “Corresponde al Congreso: ...Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Veremos brevemente como ha sido el desarrollo de cada una de las categorías en el derecho argentino.

1.1 Discapacidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho especial hincapié en la discapacidad como criterio de vulnerabilidad: “...teniendo en consideración la naturaleza de los derechos fundamentales que se encuentran involucrados dignidad, subsistencia mínima, salud, protección a la familia, situación socio económica de gravedad extrema y las obligaciones estatales en la materia, respecto de las cuales el art. 75 inc. 23 impone un mandato constitucional de acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos

²¹ Patricia A. Fernández Andreani, abogada, Doctora en Derecho y Pos Doctora, Profesora del Doctorado y Pos Doctorado de la UMSA y docente de la UBA.

²² Lino A. Palacio, abogado, especializado en asesoramiento empresario, ex Profesor adjunto de Derecho Comercial en la UBA y ex profesor de Pos grado en la ESEADE.



DECONOMI

humanos, en particular respecto, entre otros, de las personas con discapacidad”²³.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada mediante Ley 26.378 y dotada de jerarquía constitucional por ley 27.044, instituye como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1°), y que prescribe, entre otras cosas, el derecho de las personas con discapacidad a recibir adecuadas prestaciones de salud (art. 25), de habilitación y rehabilitación (art. 26), y a gozar de un nivel de vida adecuado (art. 28, inc. 1°).

Entendemos así que, del juego armónico de los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y nuestra Carta Magna, la persona con discapacidad es sujeto de preferente tutela.

Pero no es el único instrumento internacional que irradia efectos tuitivos sobre el derecho de salud. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales compromete a los Estados Partes a reconocer “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Asimismo, mediante dicho tratado, el Estado Argentino ha asumido la obligación de garantizar el más alto nivel de salud de sus habitantes de conformidad con los avances de la ciencia y de la tecnología (art. 15 b) y, cabe recordar aquí, uno de los perfiles del derecho a la salud está integrado por obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, por la conducta de terceros -Estado u otros particulares²⁴.

Dentro del plexo normativo infraconstitucional, tenemos numerosas Leyes Nacionales que reglamentan y complementan la tutela constitucional (y convencional) de la persona con discapacidad.

²³ CSJN, “Recurso de hecho deducido por L. A. M. y A. R. B. en representación de D.R. A. en la causa R. A., D. c/ Estado Nacional”, del 4/9/2007

²⁴ ARIZA CLERICI, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista Lecciones y Ensayos – UBA Facultad de Derecho, N° 80 – 2005, pág. 286.



DECONOMI

La Ley 22.431, sancionada en el año 1981, sentó las bases para la protección efectiva de las personas con discapacidad, con alcances no sólo en los aspectos de salud, sino en materia educativa, laboral, social, cultural y de igualdad. Su artículo 1° proclama: “Institúyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales”.

El 2 de diciembre del año 1997 se promulgó la ley 24.901, que consagra el “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad”.

En su artículo 1°, se destaca la institución de “un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos”. Su artículo 2° establece que “Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.”.

En cuanto al carácter efectivo que deben ostentar las prestaciones, el artículo 6° indica “Los entes obligados por la presente ley brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados, los que se evaluarán previamente de acuerdo a los criterios definidos y preestablecidos en la reglamentación pertinente.”.

En cuanto a los alcances de la prestación debida, la Ley 24.901 denota en su artículo 15: “Prestaciones de rehabilitación. Se entiende por prestaciones de rehabilitación aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración



DECONOMI

de aptitudes e intereses para que un persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera.". Ello se complementa con los servicios específicos establecidos en los artículos 20, 26 y 27.

1.2. Niñez. El niño, niña y adolescente ha sido sujeto de especial tutela tanto en normativa supranacional como en la legislación argentina. En tal sentido se ha dicho que la necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su artículo 3º, brinda un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio²⁵.

La ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005 (Adla, LXV-E, 4635) incorpora el modo de intervención cuando los derechos de aquéllos se encuentran amenazados y/o vulnerados. El art. 32 consagra a los Sistemas de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes bajo estos términos: "El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las

²⁵ HERRÁN-MARINO, "El derecho del niño a ser oído", Publicado en: DJ 23/01/2013 , 1.



DECONOMI

niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional".

3. Género. Tal como fuera afirmado en trabajos anteriores sobre la materia, la noción diferenciadora por el género es consecuencia de la forma de relación entre hombres y mujeres construida partir de diversos estereotipos culturales, sociales e históricos presentados como si fueran parte de un orden natural que genera desigualdades y son fuente de situaciones de violencia sobre las mujeres²⁶.

De allí que existen numerosas herramientas normativas (internacionales e internas) que conforman un verdadero régimen jurídico de la igualdad de género, entre las que se destacan la CEDAW, la Convención de Belém do Pará, el Código Civil y Comercial, las leyes 27.499 y 26.485, además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. Adultos mayores. El Derecho de la Vejez, denominado también Derecho de la Ancianidad, es una nueva especialidad transversal del derecho, destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores de 60 años, donde el principio de igualdad y no discriminación articula y da sustento normativo y valorativo a la estructura y desarrollo de este, de modo tal que en ella los derechos humanos informan su contenido, abren líneas de interpretación y promueven novedosas figuras jurídicas en pos de un reconocimiento dinámico de las particularidades fácticas de este grupo vulnerable. Las sociedades contemporáneas, entre las que Argentina no es una excepción, se hallan ante el desafío de un envejecimiento sostenido de sus poblaciones. Los Adultos Mayores, sin embargo, están en condiciones desventajosas a la hora de presionar para incrementar sus derechos. Es por ello, que la aprobación de la ley 27.360 de mayo de 2017, que ratifica la "Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores" y la posterior

²⁶ BOQUIN - FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia A., "Verificación de créditos y perspectiva de género. Comentario al fallo cordobés L., A. L. S/ Pequeño concurso preventivo", Publicado en: LA LEY 02/06/2022 , 4.



DECONOMI

aprobación de la ley 27.700 que le otorga jerarquía constitucional, son un salto cualitativo en la consideración de este colectivo, generándose un marco normativo que obliga a los Estados firmantes a desplegar una serie de instrumentos tendientes a cumplir y hacer cumplir esos derechos consagrados²⁷.

5. Enfermedad. Si bien el estado de enfermedad ha sido recurrentemente puesto de relieve en cuanto a situación de especial cuidado y protección, en particular en el régimen jurídico del derecho a la salud²⁸, fue a partir del advenimiento de la pandemia global de COVID-19 que decididamente el foco doctrinario y jurisprudencial ha posado una gran atención en la casuística de vulnerabilidad que involucra al enfermo y a su entorno.

Por otro lado, el detrimento en la salud suele ser adoptado, con carácter transversal, como una cualidad agravante de la situación de vulnerabilidad inherente de sujetos tutelados, lo que amerita una respuesta normativa específica²⁹.

Existe asimismo un reconocimiento legislativo a lo que se ha denominado Derechos del paciente, cuya fuente primigenia la encontramos en la Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial en Lisboa, Portugal, año 1981³⁰. En efecto, además de la presencia de regulaciones en algunas provincias³¹, se encuentra vigente la Ley 26.529 de Derechos del Paciente, la cual reconoce los siguientes derechos: asistencia universal; igualdad/no discriminación; trato digno; intimidad; confidencialidad; autonomía de la voluntad; información sanitaria; interconsulta médica; consentimiento informado; directivas anticipadas; integridad y acceso a la Historia Clínica, entre otros.

²⁷ MODI, “La ‘convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores’: implicancia en nuestro derecho a partir de la ley 27.700”, Publicado en: ADLA 2023-2 , 39.

²⁸ Así se sostiene que el Estado debe garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud. El criterio deriva del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en particular, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1 y 12.2a) (229) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.1).

²⁹ V.gr., Ley 27674 REGIMEN DE PROTECCION INTEGRAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE CON CANCER.

³⁰ Luego enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, Octubre 2005 y reafirmada por la 200ª Sesión del Consejo de la AMM, Oslo, Noruega, Abril 2015.

³¹ Chaco: Ley 6649; Formosa: Ley 1255; Neuquén: Ley 2611; Río Negro: Ley 3076.



DECONOMI

1.7. Diversidad cultural. Es definida como la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados³².

La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, aprobada internamente a través de la Ley 26.305, desarrolla de manera extensa una plataforma de tutela para las minorías culturales, en base a objetivos, principios rectores y medidas de protección³³.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también brinda pautas tendientes a garantizar la plena libertad de participación en la vida cultural, así como prescribe a los Estados parte la adopción de medidas de conservación, desarrollo y difusión de la cultura³⁴.

Luego encontramos como una manifestación especial en materia de vulnerabilidad de sujetos y colectivos culturalmente diversos, a los pueblos originarios, tutelados expresamente en el artículo 75, Inc. 17, de la Constitución Nacional. “Corresponde al Congreso: ...17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

³² Art. 4.1, Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

³³ Ver al respecto Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, art. 1º, incs. a) y e); art. 2º, puntos 3ro y 7mo; art. 8º.

³⁴ Art. 15, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



DECONOMI

Como tiene dicho la doctrina especializada, la declaración de la primera frase del artículo transcrito constituye un reconocimiento histórico de la existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Es decir, de quienes vivían en lo que hoy es el territorio nacional, previamente a la constitución del Estado. No se trata, en consecuencia, solo del registro sociológico de la identidad étnica y cultural indígena, tal como propuso el dictamen de minoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías en la Convención Constituyente, sino de la preexistencia de esas comunidades. Pero con un señalamiento, una afirmación acerca de la argentinidad de esos pueblos. Dicho de otra manera, la declaración constitucional admite la pluralidad social de identidades diversas que forman parte de un único Estado, indivisible y sin derechos de secesión³⁵.

Nuestra Constitución se enrola así en el pluralismo cultural o multiculturalismo, que tiene por objeto la protección de la diversidad y preservación de la cultura, como positivas y enriquecedoras del Estado.

2. Introducción

El objeto del presente artículo es repasar ciertos casos en los cuales la inoponibilidad de la persona jurídica como sanción al uso desviado del recurso técnico de la personalidad diferenciada ha servido para resguardar y preservar derechos de personas encuadradas en las categorías constitucionales antes referenciadas.

A tal efecto, habremos de partir de un breve análisis introductorio de las normas que regulan la inoponibilidad de la persona jurídica tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación -CCYCN- (art. 144), como de la Ley General de Sociedades -LGS -(art. 54).

2.1 .Disposiciones del CCYCN y de la LGS en materia de inoponibilidad de la persona jurídica

³⁵ GELLI, "Los derechos de consulta y participación de los pueblos indígenas argentinos. Los enigmas de una sentencia", Publicado en: LA LEY 28/06/2021 , 1.



DECONOMI

El CCYCN, siguiendo la misma técnica de la LGS con algunos ingredientes y modificaciones que veremos más adelante, postula que la persona jurídica es una creación legislativa que permite distinguir y diferenciar la persona jurídica de sus miembros en la medida en que se destine y actúe en el marco de la ley. Ahora bien, si se hace un uso desviado del recurso técnico mencionado entra en juego el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, imputándose la actuación de la sociedad a quienes resulten socios/as, asociados/as, partes o controlantes directos o indirectos que lo hicieron posible.

En virtud de ello, la entidad diferenciada de la persona jurídica y sus miembros no es absoluta, sino que la primera puede verse desdibujada, desestimada, penetrada, allanada, superada, prescindida, corrido o penetrado el velo en determinadas circunstancias para dar lugar a su desestimación o inoponibilidad.

Más allá del término que utilicemos, lo que se busca en cualquier caso es apartar la personalidad y así llegar a las personas humanas o jurídicas que la han utilizado desviada y abusivamente.

La declaración de inoponibilidad no trae aparejada la nulidad o la liquidación de la sociedad, sino solo el apartamiento de su personalidad en tanto ha permitido un uso desviado; solo puede ser decretada por la Justicia frente a determinadas situaciones debidamente acreditadas y es una solución que debe aplicarse de modo restrictivo para no generar inseguridad jurídica.

En el derecho argentino hubo un temprano e importante desarrollo en el uso de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica en materia societaria, inclusive antes a la de su también temprana- en comparación con otros países- regulación legislativa en la ley 22903 que entonces reformo la Ley de Sociedades Comerciales 19550.

En tal orden de ideas, aún antes de su consagración legislativa, nuestros tribunales se valieron del instituto en diversos precedentes sobre variadas materias.

Así encontramos importantes antecedentes, como por ejemplo la sentencia dictada por la CSJ en el año 1967, en la que se prescinde de la personalidad jurídica por haber sido creada con la única intención de eludir la



DECONOMI

sanción que prohibió al que era un socio mayoritario la contratación como proveedor del Estado, por cuanto tal artificio suponía un ejercicio abusivo de la personalidad no tolerable por el ordenamiento jurídico³⁶.

Uno de los casos más resonantes de la jurisprudencia que compromete el derecho concursal es el caso “Cía. Swift del Plata SA”, en el cual se rechazó el convenio preventivo presentado por la concursada, Cía. Swift de La Plata, a la que declaró en quiebra, extendiéndola a otras sociedades del grupo económico, al que aquella pertenecía. En el caso, la Cámara Comercial confirmó la no homologación pero declaró nulo el convenio. Luego, la CSJN³⁷ declaró extensible a la controlante la quiebra dispuesta para la controlada y a las subsidiarias sin previa exclusión de los bienes de la controlada.

Posteriormente a la incorporación del Artículo 54 LGS fue rica la jurisprudencia en materia comercial (“Simancas, María Angélica C/Crosby, Ronald Kenneth y otro”³⁸; “Faisan SAIC de Productos de algodón y afines C/Exfin Exchange y Financial Co. Trust Vaduz y otros”³⁹).

También, en materia laboral encontramos copiosa jurisprudencia que invocando el Artículo 54 inc. 3 desestima la personalidad en virtud de que el trabajador no estaba registrado, en tanto se ha utilizado el recurso técnico para violar o frustrar los derechos de los terceros, resultado un medio para cometer un fraude laboral y previsional⁴⁰.

Del mismo modo en aspectos fiscales encontramos importantes antecedentes como los casos “Parke Davis y Cía.”⁴¹, “Mellor Goodwin SACI”⁴² y “Kellogg SA”⁴³.

³⁶CSJN 25/04/1967, *Revista de Derecho Comercial y Obligaciones*, año 4, Buenos Aires, 1971, p. 305.

³⁷ CSJN, 24/10/89, “Cía., Swift de la Plata SA S/ Quiebra- Inc. de liq. Del-tecArg. SA y Deltec International Ltd.”, *LL*, 1990-c-547 y *LLon line*, AR/JUR/812/1989.

³⁸CNCom., Sala D, 05/11/2008, “Simancas, María A. vs Crosby, Ronald y otros”, SJA 13/5/2009; TR La Ley 35030066.

³⁹CNCom., Sala A, 24/03/2004, “Faisan SAIC de Productos de Algodón y afines C/Exfin Exchange y Financial Co. Trust Vaduz y otros”, La Ley 2004-D, 241.

⁴⁰CNTrab., 11/04/1997, “Delgadillo Linares, Adela C/Shatell SA y otros; CNTrab, 26/06/1998, “Vidal Miguel Santos C/Mario Hugo Azulay Asoc. SA y otro”.

⁴¹CSJN, fallos 286:97, 31/07/1973, “Parke Davis y Cía. S.A.”, JA 19-1973-418.

⁴²CSJN, fallos 287:79, 18/10/1973, “Mellor Goodwin Combustion S.A. C/Gobierno Nacional”, La Ley 152, p. 341.

⁴³CSJN, fallos 307:118, 26/02/1985, “Kellogg Co. Argentina, S. A.”, La Ley 1985-B, 414.



DECONOMI

En el caso mencionado Parke Davis que remite al año 1973 la CSJN haría uso de la doctrina analizada determinando que ciertos pagos de regalías de subsidiarias a sus casas matrices no debían ser computados desde el punto de vista tributario como gastos de la sociedad pagadora sino como remisión de utilidades⁴⁴. Esa doctrina ha sido abandonada por nuestro más alto Tribunal hace años, pero indica una aplicación del instituto.

En materia sucesoria, fallos anteriores al dictado de la ley 22903 admitieron el allanamiento de la personalidad en casos en donde se afectaba la legítima de un heredero o el derecho a la ganancialidad de un cónyuge, supuestos que se analizarán mas en detalle en este artículo.

El fundamento de todos los precedentes citados se basaba, con diversos matices, en el rechazo del fraude, o la simulación ilícita.

En 1983 el instituto tuvo recepción legislativa con el nuevo texto del artículo 54 de la ley de sociedades, incorporado por la ley 22903 y también en la ley de quiebras 24552 que prevé diversos supuestos de inoponibilidad.

En la Argentina encontramos un gran desarrollo en el estudio de la desestimación de la personalidad jurídica en materia societaria. De allí que la doctrina ha clasificado la desestimación de la personalidad jurídica societaria en diversos grupos⁴⁵. Siguiendo a López Raffo⁴⁶, que hace un compilado de las opiniones de los autores, surge la siguiente clasificación:

- Casos en que el resultado de la acción importa el allanamiento, esto es, el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad.
- Casos en que el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad o ineficacia de la personalidad societaria frente a un acreedor determinado (desestimación parcia).
- Casos en que el resultado de la acción consiste en la declaración de la quiebra de una persona, que se extiende a

⁴⁴ Un criterio similar para el tratamiento tributario de actos entre compañías vinculadas fue utilizado por el mismo Tribunal con idéntica composición en el caso Mellor Goodwin.

⁴⁵ Esta clasificación se toma de Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Depalma, Bs. As, 1991, pp. 16 y 17.

⁴⁶ López Raffo, Francisco, *El Corrimiento del Velo Societario*, Ad Hoc, Bs. As, 2005. p.46 y sigs.



DECONOMI

otra debido a los supuestos previstos en los arts. 160 y 161 de la Ley 24.522.

En el primero de los supuestos la prescindencia de la personalidad es definitiva y se vincula con casos en donde el objeto de sociedad es ilícito (artículo 18 de la LGS), el segundo de los supuestos se verifica cuando el allanamiento de la personalidad se focaliza en una conducta concreta⁴⁷ y no supone la pérdida de la personalidad diferenciada más allá del caso en particular y el tercer grupo de la clasificación también supone el allanamiento total de la personalidad y la extensión de la quiebra, cuando se dan ciertos supuestos.

La desestimación societaria puede derivarse de conflictos con terceros en donde el corrimiento del velo societario lo solicitan terceros ajenos a la sociedad en contra de ésta y de los socios o controlantes. Estos terceros pueden solicitar que la actuación de la sociedad se le impute a los socios o controlantes que utilicen esa estructura jurídica de forma abusiva.

A su vez, la desestimación societaria puede derivarse de un conflicto interno de la sociedad que comprende en la generalidad de los casos a quienes revisten el carácter de socios o controlantes.

El artículo 144 del CCYC⁴⁸ por su parte sigue el molde del artículo 54 de la LGS con algunos aditamentos valiosos, a saber:

1) Modifica el párrafo del Artículo 54 de la LGS que hace referencia a cuando se utiliza la sociedad para “frustrar derechos de terceros”, por frustrar "derechos de cualquier persona". Se busca comprender que el instituto de la inoponibilidad alcance también por pedido de los propios socios/as, asociados/as, miembros y partícipes, cuestión que la jurisprudencia y la doctrina

⁴⁷ Es el supuesto que prevé el tercer párrafo del artículo 54 de la LGS en su actual redacción: que establece que “la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso técnico para violar, a ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

⁴⁸ ARTICULO 144.- Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.



en materia societaria habían contemplado más allá de la norma del Artículo 54 de la LGS.

2) En lugar de mencionar solo el control, hace referencia también a los controlantes directos e indirectos. Si bien no aclara a qué se refiere con controlantes directos o indirectos, es de colegir que la norma debe integrarse al respecto con lo dispuesto por el artículo 33 de la LGS

3) Deja expresamente a salvo los derechos de los terceros de buena fe, referencia omitida por el artículo 54 de la LSG, aunque receptado por la jurisprudencia en base a principios generales.

En suma, en sintonía con lo que señala Gabriela Calcaterra⁴⁹, la inoponibilidad no acarrea la nulidad del acto o negocio, sino que ese acto le será oponible a los socios/as, asociados/as, miembros, partícipes, controlantes que lo ejecutaron o lo hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente y deberán afrontar los daños que hubieran ocasionado.

3. La protección de personas encuadrables en las categorías constitucionales frente al uso antifuncional de la persona jurídica en nuestro derecho judicial

Anticipábamos al comienzo de este artículo un análisis de ciertos casos en donde la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica se ha aplicado para evitar que el recurso técnico de la personalidad diferenciada se use para desbaratar derechos de personas más vulnerables, especialmente en materia sucesoria o de sociedad conyugal.

Siendo el instituto que nos ocupa un mecanismo antifraude resulta natural que su aplicación devenga en muchos casos en una protección de los más débiles, que suelen ser, por lo general, los mas susceptibles a ser perjudicados.

Empero, se impone aclarar que el mecanismo funciona con independencia de la “debilidad” del afectado; sobran los ejemplos en donde la



DECONOMI

parte perjudicada por el uso antifuncional de la persona jurídica es una parte “fuerte” (por ejemplo el Estado en temas tributarios).

Tal como se anticipará, los casos que se citarán se refieren a cuestiones en materia sucesoria o de división de la sociedad conyugal que, en alguno casos, afectaron a categorías sospechosas como ser mujeres o niñeces pero cuya resolución se ha basado en los hechos concretos del diferendo, con independencia de la categoría de sujetos vulnerables que se trate, pero importa resaltar que, en sus resultados prácticos, resultaron funcionales a la protección de derechos de personas vulnerables.

En temas vinculados con el derecho sucesorio o la división de la sociedad conyugal, el uso desviado de la personalidad aparece en nuestra jurisprudencia en diversas situaciones que se analizarán a continuación y que pueden sintetizarse en las siguientes categorías:

- (i) casos en donde el causante, mediante el aporte de bienes de su propiedad a una sociedad afecta la legítima de algún o algunos herederos
- (ii) casos en donde el aporte de bienes a una sociedad por parte del causante se realiza al solo efecto de preservar la unidad de indivisibilidad de los bienes aportados en perjuicio de algún o algunos herederos, que quedan en minoría en la sociedad constituida a tal efecto
- (iii) casos similares a los de los dos acápite anteriores, pero en donde el aporte y uso desviado de la sociedad se hace a efectos de perjudicar al otro miembro de la sociedad conyugal

Los precedentes corresponden tanto a situaciones regidas bajo el artículo 54 de la ley de sociedades tras la reforma de la ley 24522 cuanto a situaciones anteriores a la vigencia de la mencionada norma, en los cuales la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica fue pretoriana.

A la segunda categoría de los supuestos que hemos enunciado precedentemente (v.g. aporte de bienes a una sociedad por parte del causante



DECONOMI

se realiza al solo efecto de preservar la unidad de indivisibilidad de los bienes aportados en perjuicio de algún o algunos herederos, que quedan en minoría en la sociedad constituida a tal efecto) pertenece el caso “Artesiano”.

En efecto, en los autos “Astesiano, Mónica y otra c/ Gianina Sociedad en comandita por acciones”⁵⁰, el causante,, tres años antes de su fallecimiento, constituyó junto con sus tres hijos la sociedad Gianina SCA; Los hijos revestían el carácter de comanditados y administradores de la sociedad, en tanto el padre era titular de la totalidad de las acciones representativas del capital comanditario.

Fallecido el causante, las acciones de Gianina constituyeron el acervo sucesorio fueron adjudicadas a sus herederos, a la sazón sus hijos y en un caso, por fallecimiento de uno de los hijos, a los hijos de éste, nietos del causante.

El planteo de los nietos y nietas del causante, fue que, mediante ese procedimiento sólo poseían acciones representativas de una porción minoritaria del capital de una sociedad que no controlaban y que, siendo familiar y cerrada, resultaba igualmente difícil vender su participación

La decisión judicial fue que a través del procedimiento se violó la norma del artículo 3598 del Código Civil entonces vigente que prohibía condicionar la legítima y la vía utilizada para invalidar el procedimiento aludido fue justamente una invocación de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica.

Al respecto, el tribunal precisó que “ la personalidad societaria no es una realidad sustancial, sino de orden y dicho orden consagra una unidad no sustancial sino accidental, de modo que la personalidad societaria en cuanto centro de imputación normativa es ineficaz para servir de sostén a una exclusión de herederos legitimarios., en consecuencia no se debe, en tales supuestos, tener a la sociedad como nula sino que cabe utilizar la fórmula “como no escrito” de la ley para disponer la inoponibilidad del ente societario, ante la subversión de la vocación hereditaria”⁵¹

⁵⁰ CNCom., Sala A, 27/2/78, publicado en La ley 1978-B p 195)

⁵¹ Debe repararse que la terminología del fallo guarda una notable sintonía con el sentido de la reforma del artículo 54 la ley de sociedades que ocurriría unos pocos años después.



DECONOMI

Como consecuencia, el Tribunal dispuso restituir al acervo hereditario – por parte de la sociedad y los otros coherederos- la cantidad de bienes y valores suficientes para integrar la cuota hereditaria de los nietos devenidos herederos legitimarios en representación del padre premuerto, imponiendo la reducción de capital de la sociedad y la responsabilidad solidaria de los demandados frente a terceros.

Similar criterio siguió la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay en los autos “Morrogh Bernard, Juan c. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros”⁵² en donde también mediaba la aportación de inmuebles rurales a una sociedad anónima.

El tribunal, en sintonía con lo que expresó la Cámara Comercial en “Artesiano” sostuvo que “podemos reflexionar por sobre la personalidad de la S.A. codemandada, por sobre su titularidad de los bienes aportados por el causante, por sobre la realidad meramente formal de las acciones dejadas por el “de cuius”, emerge en el caso otra auténtica realidad económica, no formal; el patrimonio del causante se transmite y conserva después de su muerte, lo administra su núcleo familiar cerrado y aunque ello se haga dentro de la organicidad de una sociedad anónima, esa administración en los hechos se emparenta cercanamente a un verdadero condominio indiviso del núcleo familiar, lo cual no permite asegurar que la legítima del actor se vea respetada tanto en su uso y goce como en su integridad auténtica, real, en especie, no formal sino material”.

En los autos “Gurevich de Taub, Flora c/ Gurevich, José y otro”⁵³ se trató el caso donde el padre, luego fallecido constituyó con sus hijos varones y excluyendo a su esposa e hija una SRL aportando bienes en tanto que los hijos aparecían haciéndolo éstos sin poder acreditar los fondos de tales aportes.

Fallecido el padre las perjudicadas promovieron acción judicial que fue acogida por el Tribunal considerando que los aportes y aumentos de capital en donde se elevó la participación societaria de los hijos constituyeron donaciones simuladas en fraude a los gananciales de la esposa y la legítima de

⁵² Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, 9/2/79, LL 1979-D-237

⁵³ CNCiv., Sala E, 05/02/1979, LL 1979-D p 178



DECONOMI

la hija. Con posterioridad por la capitalización de pasivo sin derecho de preferencia una de las hijas pasó su participación en la sociedad del 1,75% al 45%, lo que motivó que los otros herederos promovieran incidente de colación y reducción. El Tribunal entendió que “la emisión de acciones a valor nominal no tuvo otro objeto que el de procurar la licuación, como mecanismo que posibilitara un traspaso patrimonial sin contraprestación lo que constituye una simulación ilícita en la medida en que se convierte en vehículo de violación de la legítima, quedando la favorecida con la maniobra írrita obligada a colacionar”

También resulta de interés el caso “De Luca, Patricia y otro c/Fider Company”⁵⁴. En este conflicto, los actores señores demandaron a Fider Company S.A., a María Esther Assus y a Guillermo Francisco Casas Mujica para que sea declarada la inoponibilidad, respecto de ellos, de la personalidad jurídica de la mentada sociedad con el efecto de incorporar al acervo sucesorio de Osvaldo De Luca ciertos inmuebles a nombre de la sociedad uruguaya Fider S.A.

De Luca había transferido en su hora los inmuebles a la mencionada sociedad uruguaya sin justificarse adecuadamente como hizo la sociedad para adquirir esos bienes. Asimismo, el propio De Luca, primero y luego su concubina, la codemandada Assus, percibieron los alquileres de los inmuebles. La prueba indicó asimismo que De Luca figuraba como el único titular de las acciones de Fider.

En ese marco, fallecido De Luca, una hija de éste demandó la incorporación al acervo sucesorio los inmuebles de Fider, presentándose un tercero que dijo ser el titular de las acciones de la sociedad. Sin embargo, la exhaustiva prueba realizada no pudo arrojar elemento alguno para acreditar la mentada transferencia de las acciones.

Lo anterior llevó al camarista preopinante a expresar que “entiendo probado que el causante “armó” esta sociedad uruguaya con el fin de mejorar la posición de su segunda esposa, lo cual provocó como contrapartida un detrimento en la vocación hereditaria de los hijos del primer matrimonio del fallecido. Y ello me lleva a proponer al Acuerdo que sea declarada inoponible a la sucesión de Osvaldo De Luca la sociedad uruguaya Fider Company S.A. y la

⁵⁴ CNCom., Sala D, 01/08/2011, TR LALEY AR/JUR/54358/2011



DECONOMI

incorporación a ella de los dos inmuebles de la calle Chivilcoy que constituyen su patrimonio.”

Por su parte, en el caso “Barba larga, María Fernanda c/Hermi S.A. y otros s/ acción de simulación y/o fraude”⁵⁵ la Sala 1 de la Cámara Civil y Comercial de Azul tuvo oportunidad de pronunciarse en otro conflicto que guarda similitud con los antes mencionados.

En la especie se trató del aporte de un campo por parte de causante a una sociedad, efectuada por razones contables y que nunca funcionó como tal. Si bien no resultó probado que fuera constituida la sociedad a efecto de vulnerar la legítima, sus resultados prácticos ponían al actor en una situación de desventaja, similar a la de los precedentes Artesiano y Morrogh Bernard antes citados.

Al respecto juzgó el Tribunal que debía declararse la inoponibilidad de la sociedad portadora del inmueble y como consecuencia de ello, pase a formar parte del acervo sucesorio,

En materia de sociedad conyugal, también es extensa la jurisprudencia relativa a casos en donde el aporte de bienes a una sociedad y el uso desviado de ésta se hace a efectos de perjudicar al otro miembro de la sociedad conyugal.

Así, en materia de afectación de derechos del cónyuge encontramos un interesante fallo dictado por la CNCivil en el año 1976⁵⁶, en donde se había decidido, por ejemplo, que es lícito rasgar o levantar el velo societario cuando (...) se utiliza en detrimento de los legítimos derechos de una de las partes (vg. del cónyuge en la participación de los bienes gananciales).

En el Fallo citado precedentemente “H., M. E. c. M. D. T” surge que durante el matrimonio los esposos aportaron a una sociedad comandita por acciones en calidad de socios/as comanditados/as, la totalidad de los bienes gananciales. Dictada la sentencia de divorcio, la sociedad se liquidó y, mediante

⁵⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 9/4/13, MicroJuris MJ-JU—M-78600-AR

⁵⁶CNCivil, Sala F, 27/07/1976, “H., M. E. c/M., D. T.”, La Ley 1979-B, 686, AR/JUR/292/1976.



DECONOMI

la suscripción de un convenio, la esposa aceptó recibir una suma de dinero muy inferior al valor de los bienes que aportó oportunamente.

Por su parte, el marido constituyó inmediatamente otra sociedad que explotaba el mismo rubro donde era el único socio solidario. Liquidó la primera sociedad y pasó a controlar la segunda sociedad, con un porcentaje mínimo. La esposa planteó judicialmente la nulidad del convenio firmado con el marido alegando que fue coaccionada a hacerlo.

El tribunal consideró que de la prueba surgían valores muy superiores a recibir por la esposa en concepto de partición de la sociedad conyugal, y de la misma prueba infirió que la nueva sociedad en comandita constituía una entidad ficticia integrada y manejada exclusivamente por el marido. Desestimó la personalidad y, en base al valor real de los bienes, dispuso que se completen los valores adeudados a la esposa.

Otro antecedente del año 1986⁵⁷ también consideró que era procedente desconocer la personalidad de una sociedad cuando, por hechos posteriores, esta quedaba concentrada en manos de una persona individual que de la misma en perjuicio de terceros o con fines antifuncionales, configurando el supuesto concreto de cuando el cónyuge, propietario en su totalidad del capital social y presidente del Consejo de administración transfiere acciones gananciales a favor de la sociedad.

A su vez, en otro caso la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil falló a favor de la inoponibilidad frente a la ruptura de la igualdad de los/las herederos/as, resultante de la transferencia de la casi totalidad del patrimonio del causante a una sociedad de familia constituida con algunos de sus hijos (varones), que demostró el abuso y justificó la penetración del velo de la personería para tomar sólo en consideración el sustrato humano y patrimonial que constituye la realidad enmascarada, siendo procedente la acción de colación deducida por los herederos no integrantes de la sociedad⁵⁸.

⁵⁷CNCivil, Sala G, 11/04/1986, "Hearne de Alvear, Cora L. c/de Alvear, Jorge E.", JA 1987-II-439.

⁵⁸CNCivil, Sala E, 05/02/1979, "Gurevich de Taub C/Gurevich, José y otro", La Ley 1979, D, 178, Cita: TR LA LEY AR/JUR/5617/1979.



DECONOMI

Recientemente, un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Junín sentenció que: “Corresponde concluir que la sociedad constituida por el demandado y su padre es inoponible a la cónyuge de primero en tanto el escaso tiempo transcurrido entre la constitución del ente y la formalización de la escritura por la que ésta adquirió el dominio de dos campos permite concluir que fueron el demandado y su padre, quienes aportaron tales inmuebles, a lo cual se agrega que poco tiempo después de la constitución la actora se presentó en sede policial y declaró que desde tres años antes, su relación matrimonial estaba atravesando dificultades, a raíz de las cuales, hacía un año que le reclamaba el divorcio al demandado, todo lo cual habilita a presumir fundadamente que la constitución de la sociedad anónima y el aporte de importantes inmuebles a ella tuvo por finalidad sustraer bienes de la masa ganancial”.

A su vez, se sostuvo que “La admisión del planteo de inoponibilidad a la actora de la sociedad constituida por su ex esposo y el progenitor de éste no importa una modificación en la existencia de dicho ente, el cual continúa absolutamente vigente, pero sin que pueda oponérsele a la actora, el valor de las acciones que resulta de sus libros contables, por lo cual la participación accionaria de esta última debe determinarse de acuerdo a una valuación actualizada del capital social con criterio de liquidación”⁵⁹.

4. Conclusiones

Como hemos podido repasar el instituto de la inoponibilidad se impone como mecanismo anti fraude con independencia de la debilidad del afectado aunque resulta natural que su aplicación devenga en muchos casos en una protección de los más débiles (encuadrables en las categorías constitucionales), que suelen ser, por lo general, los más susceptibles a ser perjudicados y de allí que puede servir como herramienta para las personas vulnerables frente al uso antifuncional de la persona jurídica .

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁵⁹C.Apel.Civ.Com. de Junín, 30/06/2020, “P., G. E. c/ F., C. O. s/ liquidación de sociedad conyugal”, Cita: TR LALEY AR/JUR/22837/2020.



DECONOMI

ARIZA CLERICI, Rodolfo, "El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Revista Lecciones y Ensayos – UBA Facultad de Derecho, N° 80 – 2005, pág. 286.

BOQUIN, Gabriela F. - FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia A., "Verificación de créditos y perspectiva de género. Comentario al fallo cordobés 'L., A. L. S/ Pequeño concurso preventivo'", Publicado en: LA LEY 02/06/2022, 4.

GARCÍA CASTILLA, Javier, "Trabajo social en escenarios de vulnerabilidad. Una profesión para la inclusión social" Trabajo social en escenarios de vulnerabilidad. Una mirada para la inclusión social. (PEREZ VIEJO, DE LORENZO GILSANZ, GARCÍA CASTILLA coord.), Ed, Tirant Humanidades, Valencia, 2022.

HERRÁN, Maite; MARINO, María Daniela, "El derecho del niño a ser oído", Publicado en: DJ 23/01/2013, 1.

CALCATERRA, Gabriela, Personas Jurídicas. Caracterización general, en Calcaterra-Hadad (Dir.), Personas Jurídicas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

DOBSON, Juan M., El abuso de la personalidad jurídica, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

GELLI, "Los derechos de consulta y participación de los pueblos indígenas argentinos. Los enigmas de una sentencia", Publicado en: LA LEY 28/06/2021, 1.

LOPÉZ RAFFO, Francisco, El Corrimiento del Velo Societario, Ed. Ad Hoc, 2005.

MODI, Carla B., "La convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores: implicancia en nuestro derecho a partir de la ley 27.700", Publicado en: ADLA 2023-2 , 39.



“Las DAOs como nuevo paradigma del comercio asociativo en la perspectiva jurídica argentina y española”⁶⁰

por Juan Sebastian Forciniti⁶¹

1. Introducción .

Tradicionalmente, la doctrina ha destacado que el derecho comercial no es el resultado de una concepción dogmática del derecho privado, esto es, no se erige en una rama de este derecho en razón de su propia naturaleza o método de investigación, sino que es el fruto de determinadas circunstancias históricas que producen su aparición como rama separada ante la insuficiencia del derecho común, desbordado por las necesidades del comercio y por falta de instituciones adecuadas para la regulación de su actividad⁶².

Sucede que la materia mercantil existió siempre, desde los remotos orígenes humanos; tan pronto como se realiza un intercambio de cosas con un interés lucrativo, podemos decir que el hombre realiza comercio. En tanto lo regulan normas, hay un embrión de derecho⁶³. No obstante, la materia comercial como disciplina autónoma y diferenciada del resto del derecho privado no se manifiesta sino hasta la época medieval, según coinciden en afirmar la mayoría de los autores, concurrente con el florecer de las nuevas ciudades tras el período feudal y el nacimiento de la acumulación de capital privado que determina la aparición de una nueva clase social: la burguesía⁶⁴.

⁶⁰ Este trabajo es una adaptación del TFM presentado y defendido en junio 2023, en el marco del Máster Universitario en Derecho de la Empresa y de la Contratación de la Universitat Rovira i Virgili (España, Tarragona) durante el ciclo 2022/2023, con la tutoría del Dr. Pablo Girgado Perandones, catedrático en Derecho Mercantil y responsable de dicha área en la URV.

⁶¹ Abogado (UBA), Máster Universitario en Derecho de la Empresa y de la Contratación (URV -España-), maestrando en Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios (UBA; tesis presentada en noviembre 2022), Especialista en Derecho Judicial (UCES), Diplomado en Defensa del Consumidor (UCES), docente de grado (UBA y UP), secretario privado en Poder Judicial de la Nación (Fuero Comercial). Por consultas y/o comentarios: sebforciniti@gmail.com.

⁶² NISSEN, Ricardo, *Curso de derecho societario*, 3° edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 29.

⁶³ ETCHEVERRY, Ricardo, *Derecho Comercial y Económico Parte General*, 1° edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 9.

⁶⁴ *Ibidem*.



DECONOMI

En esta época surgen distintas instituciones propias del derecho mercantil: la banca, la letra de cambio, el procedimiento concursal, la cuenta corriente, la *lex mercatoria*; asimismo, se conforman ferias y mercados, las casas de comercio y, en lo que a este trabajo interesa, las corporaciones.

Por ende, puede sostenerse que, como categoría histórica, el derecho comercial debe acompañar -y acotar reiteradamente- el desarrollo y las practicas del comerciante, pues es el comercio el que obliga al jurista a legislar y no el legislador el que impone sus ideas al comerciante, pues cuando esto ocurre, y los ejemplos sobran, las instituciones creadas por aquel quedan sumidas en el más absoluto fracaso⁶⁵.

Adviértase que uno de los principales rasgos del derecho comercial como rama autónoma esta dado por la regulación *ex post* de sus instituciones: el legislador regula y formaliza jurídicamente situaciones, institutos y prácticas que resultaban habituales y de uso cotidiano para los mercantes, debido a la dinámica propia de su actividad.

El fenómeno corporativo no resulta ajeno a esta realidad, pues los comerciantes comenzaron a asociarse antes de la existencia de regulaciones como las concebidas en la actualidad. Ello se justifica en el simple hecho de que tal mancomunación permitía a sus partícipes obtener en mejores condiciones las ventajas de los capitales aportados y de los esfuerzos asociados⁶⁶.

Al “terreno fértil” propio que significa el comercio, en cuanto a la generación de distintos instrumentos para facilitar su tráfico, se suma un nuevo fenómeno de características disruptivas: la tecnología. Corresponde destacar aquí que, la tecnología, como fenómeno disruptivo, posee un ritmo notablemente más rápido que la regulación que sobre ella podamos pensar, lo cual obliga al operador jurídico a reinterpretar aquellas normas que ya se encuentran a su disposición.

Dentro de las nuevas tendencias que ha traído aparejada la revolución tecnológica⁶⁷, en cuanto al desarrollo de la actividad mercantil, podemos

⁶⁵ NISSEN, ob. cit., p. 30.

⁶⁶ Ello sin considerar el posterior desarrollo de otros beneficios como el sistema de limitación de la responsabilidad que representó un fuerte incentivo para la utilización del negocio societario.

⁶⁷ Lo que algunos denominan como la “revolución industrial 4.0”.



visualizar algunas que reformulan nuestra concepción del comercio asociativo. Este es el caso de las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs).

Debemos puntualizar que el cambio que ha representado la irrupción tecnológica es, a esta altura, imparable. Se trata de un ritmo de cambio presuroso. Las tecnologías y el internet de las cosas en que se desenvuelven varían el tiempo y la forma en las que operan las empresas, en la que se dirigen, en la que se expanden y crecen, y en la que invierten y son invertidas⁶⁸.

Finalmente, hay que señalar que, este fenómeno digital, en el comercio asociativo se manifiesta de dos maneras bien definidas: 1) por un lado, permea en las estructuras corporativas tradicionales, generando una mutación en el desenvolvimiento cotidiano de las mismas. Así, a modo de ejemplo, podemos observar: desarrollo de asambleas o juntas de gobierno virtuales⁶⁹, la aportación de criptoactivos para la constitución de sociedades⁷⁰, la emisión y registro de títulos mediante tecnología *blockchain*, etcétera; 2) por el otro, aportando nuevos vehículos asociativos, con importantes diferencias respecto de las estructuras clásicas concebidas en los ordenamientos jurídicos y, hasta el momento, carentes de regulación y reconocimiento legal en la mayoría de los ordenamientos.

Sobre este último aspecto centraremos el objeto de estudio, delimitando los posibles problemas prácticos y jurídicos que apareja esta figura *ex novo* a la luz de la normativa vigente tanto en Argentina como en España.

2. DAOs

2.1. Concepto y origen

⁶⁸ GARCÍA MANDALONIZ, Marta, *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible*, 1º edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, p. 105; corresponde destacar que la obra citada tiene como eje el fenómeno emprendedor y el impacto de las tecnologías, no obstante, tratándose de una expresión más de la actividad mercantil, resulta plenamente aplicable a este caso.

⁶⁹ Sobre el particular y para mayor abundamiento en punto a los problemas que podrían acarrear este tipo de actos de gobierno virtual se recomienda ver MORO, Emilio, “Asambleas virtuales: desafíos, situaciones problemáticas y esbozos de soluciones posibles”, *Diario La Ley*, 2022, nro. 145.

⁷⁰ Ver para mayor abundamiento FAVIER DUBOIS, Eduardo, “Derecho societario y criptomonedas. Exigencias legales para su aportación y contabilización”, *Doctrina societaria y Concursal Errepar (DSCE)*, 2021, T. XXXIII.



DECONOMI

Podemos definir a las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs por sus siglas en inglés) a partir del concepto elaborado por Ercilla García⁷¹ como una organización humana para cuya regulación de las relaciones y del cumplimiento de objetivos, se dotan de un “contrato inteligente” de propósito general, en el que se definen algorítmicamente los distintos elementos que han de constituir dicha organización. Sostiene este autor que se trataría de una “organización”, dado que el “contrato inteligente” contemplaría los contenidos mínimos necesarios para el funcionamiento de un grupo humano y para la consecución de los objetivos. Asimismo, sería “autónoma” por cuanto dichos “estatutos inteligentes” se ejecutarían sin depender de la voluntad de los administradores, los cuales serían suplidos por el propio protocolo y por la voluntad general manifestada a través de los mecanismos previstos en la construcción/programación de los “estatutos inteligentes”. Finalmente, el citado aclara que sería “descentralizada” al estar residenciado ese “estatuto inteligente” en un bloque de una cadena de bloques.

Afirma Duprat⁷² que, en estas organizaciones, se configura el sistema tradicional de gobernanza mutua, evitando de esta manera los viejos problemas en el método de toma de decisiones, garantizándose su inmutabilidad, así como la publicidad y validez. Señala este autor que la toma de decisiones de gestión ordinaria no depende de una persona, conjunto de ellas o de órganos específicos, sino que se lleva a cabo mediante algoritmos⁷³.

Para comprender acabadamente la definición utilizada, debemos situarnos temporalmente en el año 2014, momento en el que el programador ruso Vitálik Buterin publicó el documento denominado “*Ethereum White Paper*”⁷⁴. Allí, el joven desarrollador explicó que el principal avance producido a partir de la publicación de “*Bitcoin*” en 2009, como primer activo digital que a la vez no tiene respaldo o valor intrínseco, ni un emisor o mando centralizado, en rigor lo

⁷¹ ERCILLA GARCÍA, Javier, “Aproximación jurídica de las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nro. 51, 2019, p.6.

⁷² DUPRAT, Diego, “Las DAOs (Decentralized Autonomous Organizations) y el régimen societario”, *Diario La Ley*, nro. 173, 2022, p. 2.

⁷³ Lo que denomina “algorracia”, gobierno mediante la aplicación de algoritmos, debiendo aclarar que ello aplica a las DAOs algorítmicas puras.

⁷⁴ Disponible para su consulta en: <https://ethereum.org/en/whitepaper/> (19/01/2023).



DECONOMI

habría constituido la tecnología subyacente empleada para ello, denominada *blockchain* o cadena de bloques.

Al sólo efecto ilustrativo, este novedoso sistema implicó una nueva red de base de datos que dejaba de lado el concepto de intermediarios, al ser un sistema completamente distribuido entre varios participantes; además, resultaba ser público porque permitía crear mejoras por cualquier desarrollador; y, finalmente, incluía un sistema criptográfico capaz de darle la seguridad necesaria para triunfar en el mundo⁷⁵.

Este informático, rápidamente, enumeró las bondades de la nueva tecnología descrita que permitía el uso de activos digitales para representar divisas a medida e instrumentos financieros (*colored coins*), la propiedad de un artefacto físico subyacente (*smart property*), activos no fungibles como nombres de dominio (*namecoin*), así como aplicaciones más complejas que involucraban activos digitales controlados directamente por un fragmento de código que implementaba reglas arbitrarias (*smart contract* o contrato inteligente) o incluso organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs).

En lo que a este trabajo interesa, aparece un elemento medular a la hora de imaginar la conformación de una organización descentralizada y autónoma: el contrato inteligente o *smart contract*.

Cabe aclarar que la idea de los contratos inteligentes no resulta originaria de Buterin, sino que es atribuida al estadounidense Nick Szabo, que en 1997 publicó el documento "*The Idea of Smart Contracts*"⁷⁶, donde postuló que muchas cláusulas contractuales (como garantías, fianzas, delineación de derechos de propiedad, etc.), podrían integrarse en el *hardware* y el *software*, de manera que el incumplimiento del contrato resultase costoso para el infractor. De esta forma, sugiere como estrategia el diseño de contratos inteligentes refinados sucesivamente mediante protocolos de seguridad criptográfica para integrar de forma completa los términos contractuales.

⁷⁵ BRANCIFORTE, Fernando, *Aspectos legales Blockchain, criptoactivos, Smart contracts y nuevas tecnologías*, 1º edición, Ed. Dyd, Buenos Aires, 2021, p. 33.

⁷⁶ Disponible para su consulta en:

<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/idea.html> (19/01/23).



DECONOMI

Lo interesante de la propuesta de Szabo era la concepción de un contrato que se autoejecutaba, evitando con ello los conflictos tradicionales (y los costos y tiempos derivados de ello), para lo cual resultaba necesario elaborar un programa de computación (*software*⁷⁷). Así, podemos concebir al contrato inteligente como un programa que se autoejecuta aplicando las cláusulas que han sido aceptadas (que se incluyen en un código criptográfico y pueden ser leídas por el *hardware*), ejecuta las prestaciones, determina la procedencia de las cláusulas penales, etcétera⁷⁸. El automatismo que presenta el modelo mencionado, como se puede apreciar, elimina la discrecionalidad en el despliegue de los efectos⁷⁹.

Estas “nuevas” alternativas contractuales presentan un conjunto de ventajas y de desventajas. En efecto, la sanción inmediata ante incumplimientos es una de las ventajas de los *smart contracts* frente a contratos tradicionales; también la eliminación de los clásicos terceros de confianza, pues, al ser un programa informático automatizado, no requieren de alguien para su ejecución (lo cual se traduce en la reducción de tiempos y costos); la inmutabilidad de sus términos trae tanto ventajas como desventajas: por un lado la seguridad jurídica para las partes, pero como contracara su rigurosidad en caso de error o necesidad de rever sus términos⁸⁰.

La posibilidad de programar las relaciones contractuales configuró una notable evolución tecnológica respecto de lo que podríamos denominar como la *blockchain* 1.0 inaugurada a partir del lanzamiento de *bitcoin*. En esta línea, Buterin, que ya había mencionado la alternativa de conformar organizaciones mediante el uso de la tecnología *blockchain* en su *white paper*, advirtió las grandes posibilidades de estas herramientas y publicó un segundo documento titulado “*DAOs, DACs, DAS and more: an incomplete terminology guide*”⁸¹ en donde definió, entre otros institutos, a las DOs (*Decentralized*

⁷⁷Definición según la RAE: conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.

⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los Contratos Parte Especial*, 1° edición revisada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2021, T. III, p. 994.

⁷⁹ *Idem*, p. 995.

⁸⁰ YARLEQUE MARCELO, Gabriela; y BURGOS JUÁREZ, Diana, “Decentralized Autonomous Organizations: ¿Un nuevo aporte de la Legaltech en el sector mercantil?”, *Revista Ius Et Veritas*, nro. 64, 2022, p. 79 y 80.

⁸¹ Disponible para su consulta en: <https://blog.ethereum.org/2014/05/06/daos-dacs-das-and-more-an-incomplete-terminology-guide> (20/01/23).



DECONOMI

Organizations) como una organización en la que los humanos participan de acuerdo con las reglas fijadas en un programa. En este caso, en lugar de la estructura jerárquica administrada por un conjunto de humanos que interactúan en personas y controlan la propiedad mediante el sistema legal, la organización descentralizada, involucra un conjunto de humanos que interactúan entre sí de acuerdo con un protocolo especificado en el código y aplicado en la cadena de bloques. Las DOs, pueden hacer uso o no del sistema legal para alguna protección de su propiedad física, pero incluso ahí tal uso es secundario.

A su vez, en lo que incumbe a nuestro trabajo, el programador definió las DAOs (*Decentralized Autonomous Organizations*) figura que incluye también las DACs (*Decentralized Autonomous Corporations*), a las que caracterizó como el “santo grial” de los *smart contracts* que, a diferencia de la DOs, son entidades que viven en internet, son autónomas, y pueden incluso contratar a personas para que realicen las tareas que ellas no pueden.

Para aclarar un poco las diferencias: tanto las DOs como las DAOs, cuentan con capital, pero en el primer caso, será gestado por humanos mientras que, en el segundo caso, el capital es “digital” y será gestionado por el código programado que conforma la DAOs, de manera autónoma.

Llegado a este punto, tal como aconseja Heredia Querro⁸², resulta útil a los fines pedagógicos traer a colación una segunda definición de una DAO, y entender el concepto comparándolo con el de la sociedad anónima convencional, recurriendo para ello al trabajo de Metjhaic⁸³. Así, podemos entender que una organización descentralizada opera bajo los mismos principios básicos que una corporación, pero tiene una gestión descentralizada, eliminando, por ejemplo, la junta directiva o el directorio, esto es, el órgano de administración.

La estructura de una corporación simple tiene tres clases de miembros: accionistas, directores y otros miembros incluidos en el organigrama

⁸² HEREDIA QUERRO, Sebastian, *Smarts Contracts Qué son, para qué sirven y para qué no servirán*, 1° edición, Ed. IJ Editores, Buenos Aires, 2020, p. 153.

⁸³ METJHAIC, Laila, “Deconstructing the DAO: the need for legal recognition and the application of Securities Laws to decentralized organizations”, *Cardozo Law Review*, vol. 39, 2018, disponible para su consulta en:

<http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/07/METJAHIC.39.4.pdf> (20/01/23).



corporativo (por ejemplo, empleados). En cambio, en una organización descentralizada, el contrato está codificado en la cadena de bloques que mantiene un registro de las acciones de cada accionista y permite estos voten sobre varios temas a través de esa cadena. Estas entidades conforman esencialmente un conjunto de contratos inteligentes que codifican los estatutos de toda la organización. A diferencia de la organización “tradicional”, la descentralizada y autónoma no necesita depender de un tercero para el mantenimiento de registros o su ejecución, pues ejecuta automáticamente las cláusulas contractuales.

Finalmente, cabe referir que, en la actualidad, el número de participantes en DAOs creció en 2021 de 13.000 a 1,7 millones de personas en todo el mundo y son cada día un tema más candente⁸⁴, de allí la relevancia del estudio de este fenómeno asociativo digital.

En opinión de Heredia Querro, la década del 2020 – 2030 será el tiempo de las DAOs, teniendo en cuenta el desarrollo y los avances tecnológicos, así como la interacción con otras herramientas novedosas integradas en materia financiera en una tendencia que se denomina *Decentralized Finance* (DeFi), que combinará *smart contracts*, DAOs y, especialmente una fuerte creencia de *underperformance* por parte de la banca tradicional⁸⁵.

2.2. Clases: DAOs y DACs

Desde una visión no legal, y como se expuso más arriba, Buterin concibió dentro de las DAOs una figura específica denominada DAC o Corporaciones Autónomas Descentralizadas. La DAC es una especie dentro del género DAO, cuya principal característica es que, a diferencia de esta última, puede pagar “dividendos”, es decir, es una persona jurídica digital con fines de lucro (subjetivo y objetivo), a diferencia de las DAOs que normalmente carecen

⁸⁴ SCHNEIDER, Lorena, “Hacia la modernización del derecho de sociedades. Vicisitudes y desafíos”, *Revista DECONOMI*, año V, nro. 16, 2022, p. 15, disponible para su consulta en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0016-N10-SCHNEIDER.pdf> (20/01/23).

⁸⁵ HEREDIA QUERRO, ob. cit., p. 152.



DECONOMI

de este⁸⁶. Queda claro que las formulaciones teóricas del programador no son propias del ámbito jurídico, resultando algunas de sus apreciaciones simplistas si se las analiza desde el prisma de la disciplina jurídica.

Cabe realizar algunas precisiones respecto del requisito referido al ánimo de lucro en el derecho de sociedades español y argentino que, como podrá apreciarse, encuentra algunas diferencias y, como es de suponer, puede variar en cada ordenamiento jurídico en particular (conocimiento que, claramente, escapa al joven programador).

En la doctrina española, Paz Ares sostiene que se debe construir el concepto de sociedad sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin, prescindiendo del requisito del fin lucrativo⁸⁷.

En un sentido similar, Giron Tena señalaba que si se optara por un concepto amplio de asociación-sociedad (como género), sin incluir el fin de lucro como elemento esencial, entonces debíamos también concluir que este tipo de sociedad “amplia” puede tener causas-fin de distinta índole, a saber: lucrativa, mutualista o cooperativista, agrupacional o consorcial y asociativa (sin fines de lucro)⁸⁸.

En cambio, señala Araya que, en el derecho argentino, inclusive y desde el año 1972, se permite que la asociación adopte la “forma de sociedad” para desarrollar su objeto -quedando de esta forma regulada por la Ley General de Sociedades pese a tener un objeto de bien común y sin fines de lucro-, circunstancia que se justifica solo si aceptamos que la sociedad es una técnica

⁸⁶ SANTAMARIA, María; y HEREDIA QUERRO, Sebastian, “Organizaciones “autónomas” descentralizadas: ¿qué son y para qué sirven? Tratamiento legal y casos de uso”, *Diario La Ley*, nro. 181, 2022, p. 11; sin perjuicio de lo cual el suscripto no comparte su caracterización como “persona jurídica”, pues tal reconocimiento parte de una prerrogativa estatal, no es -de momento- una característica inherente a la organización y ese reconocimiento dependerá, además, del ordenamiento jurídico particular en el que se desarrolle el ente.

⁸⁷ PAZ ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios de homenaje a José Girón Tena*, 1º edición, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 730 y ss.

⁸⁸ GIRON TENA, José, *Derecho de sociedades Parte General Sociedades Colectivas y Comanditarias*, 1º edición, Ed. Benzal, Madrid, 1976, T. I, p. 25.



de organización⁸⁹. Sucede que la legislación societaria vigente en Argentina⁹⁰ concibe el fin de lucro de las sociedades comerciales de forma expresa en su artículo 1, al disponer que la(s) persona(s) se organiza(n) obligándose a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios; ello a pesar de la prerrogativa del artículo 3 que, como se dijo, permite el funcionamiento de asociaciones bajo forma de sociedad, independientemente de su objeto.

En efecto, este último autor, que no desconoce la postura doctrinaria española, explica que, desde el punto de vista teórico, la no inclusión de un fin económico como el fin u objeto genera complicaciones para diferenciar entre sociedad y asociación e inclusive para distinguir cuál es el género y cuál la especie. En su opinión, esta discusión se encuentra superada en el derecho argentino, al aceptar como género a los contratos asociativos y como especies los distintos contratos de organización “personificantes” (sociedad asociación) o no “personificantes”, innominados (*joint ventures*) o nominados (negocio en participación, UT, AC, consocio de cooperación)⁹¹.

3. Formación y funcionamiento

3.1. Constitución de una DAO

Construir una DAO implica más que sólo un código; también requiere una ingeniería legal cuidadosa para permitir que la DAO opere en el mundo real y proteja a los fundadores y aportantes del proyecto⁹², situación que pone de manifiesto la relevancia de su estudio para los operadores jurídicos y exhibe la complejidad del tema. No obstante, intentaré explicarlo de manera sencilla y clara.

⁸⁹ ARAYA, Tomás, “La sociedad: sus elementos esenciales”, Revista DECONOMI, año IV, nro. 12, p. 9 disponible para su consulta en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0012-N02-ARAYA.pdf> (01/06/24).

⁹⁰ Ley nro. 19.550.

⁹¹ ARAYA, ob. cit., p. 9.

⁹² BRUMMER, Chris; y SEIRA, Rodrigo, “Legal Wrappers and DAOs”, 02/06/22, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4123737 (01/02/23).



DECONOMI

Si analizamos la cuestión en términos particularmente prácticos, la conformación de una DAO luce bastante simple. Básicamente, se necesitan una serie de reglas con las que todos sus participantes estén de acuerdo. Dichas reglas deben programarse a nivel *software*, protocolo o *smart contract*. Asimismo, deben ejecutarse dentro de un sistema distribuido que permita auditoría pública de las acciones y decisiones tomadas por la DAO⁹³.

Llegado a este punto, cabe interrogarnos sobre la necesidad o no de otorgarle un ropaje jurídico a nuestra “comunidad autónoma”. La respuesta no es sencilla y quedará sujeta, en definitiva, a las necesidades del negocio. Sucede que estas entidades no se encuentran, por el momento, reconocidas como sujeto de derecho en la mayoría de los ordenamientos, de modo que el acceso a la personalidad jurídica podría ser de interés y resultar dirimente a la hora de recurrir a las envolturas jurídicas clásicas, lo cual a su vez, podría también ocasionar un serio problema pues la rigidez de ciertos tipos contractuales (en especial las sociedades de capital, tanto en el derecho español como en el argentino) entran en conflicto con la propia esencia de la DAO (descentralizada, sin jerarquías aparentes, inorgánica, etc.).

En efecto, en su forma más pura, las DAOs operan sin ningún reconocimiento legal formal, evitando la dependencia de la autoridad gubernamental para su existencia y resistiendo la rigidez que ello conlleva. El resultado: estructuras organizativas seudónimas, distribuidas y *ad hoc*. Sin embargo, a pesar del adelanto que ello podría representar, en el mundo “real”, la coordinación y el comercio corren invariablemente sobre los rieles de la “persona jurídica”⁹⁴. De allí la dificultad en ofrecer una respuesta certera respecto de la necesidad de contar o no con un envoltorio legal.

3.2. Funcionamiento de una DAO: gobierno y administración

3.2.1. Adopción y toma de decisiones

⁹³ Recuperado de <https://observatorioblockchain.com/tokenizacion/como-crear-una-dao-para-obtener-financiacion-para-tu-proyecto/> (01/02/23).

⁹⁴ BRUMMER; y SEIRA, ob. cit.



DECONOMI

Ilustra Navarro Lérída que, para que la DAO funcione como organización, debe conformarse una asociación de accionistas, debiendo crearse las acciones primero en la forma de un contrato de criptoactivo (*token*). Una vez que esto se logre, solo los titulares de estos criptoactivos podrán presentar o aceptar propuestas y también ejecutarlas, votar, cambiar las reglas de votación y transferir rendimientos⁹⁵. En el mismo sentido, Duprat explica que, una vez decidida (y fondeada) la conformación de una organización autónoma descentralizada, a cambio de sus aportes, los inversores reciben *tokens*; que no sólo acreditan su participación en los activos que administra la DAO, sino que pueden otorgar además derechos políticos con ciertos incentivos para votar y aprobar las decisiones de negocios⁹⁶.

Podemos trazar en este punto cierto paralelismo con relación a nuestra noción de “accionista” o *shareholder*, claro que ello se realiza a los fines eminentemente prácticos pues la naturaleza de estos activos dista de la concepción clásica y, de momento, no es pacífica la doctrina sobre este punto.

Señala Muñoz Pérez la dificultad existente para calificar estos denominados *tokens* de gobernanza. Esta autora denomina por tales los instrumentos que facilitan el acceso al voto de este experimento tecnológico⁹⁷, de ahí que podamos hablar de cierto paralelismo con las participaciones societarias tradicionales pues, en definitiva, otorgan un derecho “político”: la posibilidad de votar.

Para entender el proceso de creación de estos *tokens* como contrato de criptoactivo, podríamos catalogarlos como una ICO (*initial coin offering*)⁹⁸. De esta forma, los desarrolladores del proyecto lanzarían al mercado estos activos con el propósito de obtener los fondos necesarios para escalar el plan.

⁹⁵ NAVARRO LÉRIDA, María, “Gobierno corporativo, blockchain y smart contracts. Digitalización de las empresas y Nuevos modelos descentralizados (DAOS)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nro. 23, 2018.

⁹⁶ DUPRAT, ob. cit., p. 1.

⁹⁷ MUÑOZ PÉREZ, Ana, *Las DAOs y el reto de controlar el algoritmo*, 1º edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2023, p. 199.

⁹⁸ Ello abre la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad aplicable a los sujetos financiados por la emisión y puesta en circulación de los *tokens*, tema que excede el foco de este trabajo, no obstante se recomienda en este sentido NAVARRO LÉRIDA, ob. cit., análisis formulado sobre la regulación de la SEC norteamericana respecto de “The Dao”.



DECONOMI

Aunado a ello, debemos señalar que se establece una diferencia según si el nuevo ente es algorítmico o participativo. En el primer caso, es el propio protocolo el que define los pasos a seguir, sin la necesidad de intervenciones humanas en la fase de toma de decisiones; mientras que, en el segundo caso, serán todos o algunos de los tenedores de *token*, quienes puedan tomar ciertas decisiones habilitadas por el protocolo e incluso podrían hasta llegar a cambiar la estructura misma del protocolo y del diseño contractual de las DAOs ⁹⁹. Sucede que, en la concepción más pura del sistema, la descentralización por ser autónoma debería conseguir que el poder de gobierno lo ejercite un algoritmo, que los partícipes cedan este gobierno a programas de software, con la finalidad de que el “sistema autónomo” de administración dirija la organización a través de un sistema de funcionamiento basado en decisiones apoyadas en sistemas de inteligencia artificial y asistidos de mecanismos que concretan la ejecución con la predeterminación de un algoritmo. Si las decisiones se mantienen en manos de los individuos las DAO se convierten en realidad en un fenómeno de DO (*decentralized organization*)¹⁰⁰.

Lo expuesto da cuenta de la existencia de distintas modalidades de DAOs, por lo menos en cuanto a funcionamiento refiere: más rígidas, donde la sujeción al protocolo será total (DAOs algorítmicas), o más flexibles, donde el protocolo será un elemento más dentro de la organización permeable a modificaciones (DAOs participativas), circunstancia que será retomada en el epígrafe que sigue, correspondiente a la tipología.

Según el modelo de funcionamiento de la DAO se pretende que los “*tokens holders*”, decidan, en virtud de un algoritmo de consenso, en qué proyectos debe invertir la empresa, lo que lleva a reflexionar sobre la tradicional idea de “*junta de accionistas*” o “*asamblea*” que, en este nuevo paradigma, se asemeja más a lo que la doctrina califica como grupos estadísticos por contraposición a grupos deliberativos¹⁰¹.

⁹⁹ DUPRAT, ob. cit., p. 2.

¹⁰⁰ MUÑOZ PÉREZ, ob. cit., p. 202.

¹⁰¹ SUNSTEIN, C.; y HASTIE, R. (2014), *Wiser: Getting beyond groupthink to make groups smarter*, Harvard Business Review Press, como se cita en NAVARRO LÉRIDA, ob. cit.



3.2.2. La gestión de la sociedad, con especial atención a la figura del “curator”

Debe recordarse aquí que estos entes, por regla, no cuentan con un órgano de administración. En efecto, el código de una DAO se programa para permitir tomar decisiones usuales de negocio a los miembros del ente, en tanto posean el *governance token* que los habilite a decidir sobre materias específicas, votando fácilmente desde sus *wallets* criptográficas¹⁰². No obstante, resulta clara la necesidad de contar con un nexo entre la virtualidad y la realidad.

Por ello, existe una figura designada por la propia DAO llamada a actuar como intermediario. Al formar una organización autónoma descentralizada, los titulares de los *tokens* nombran a un *Curator* -al que pueden destituir en cualquier momento, por cualquier motivo-¹⁰³. El *curator* es nombrado al constituir la DAO por todos aquellos que ostentan los tokens, pero ello no quiere decir que no pueda ser sustituido por otro. De modo que cualquiera de los poseedores de fichas puede enviar la propuesta de sustitución por un nuevo *curator*¹⁰⁴.

Al no existir administradores (o por lo menos no en los términos que clásicamente prevén los ordenamientos societarios), las DAOs constituyen la máxima expresión de la descentralización de las estructuras de tipo asociativo o colaborativo, donde la toma de decisiones de gestión ordinaria no depende de una persona, conjunto de ellas o de órganos específicos¹⁰⁵.

4. Implicancias jurídicas

4.1. Naturaleza jurídica y personalidad

4.1.1. Naturaleza jurídica del acto constitutivo.

Tradicionalmente, la ciencia jurídica califica las relaciones o instituciones de derecho conforme a un determinado sistema normativo. Así, por

¹⁰² SANTAMARIA; y HEREDIA QUERRO, ob. cit., p. 11.

¹⁰³ NAVARRO LÉRIDA, ob. cit.

¹⁰⁴ KOSTOV, Svetoslav, “El curator de las DAO como figura alternativa al administrador tradicional en las sociedades de capital”, *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, nro., 14, 2019, p. 11.

¹⁰⁵ DUPRAT, ob. cit., p. 2.



DECONOMI

ejemplo, en materia de sociedades, la doctrina suele referir a la naturaleza jurídica del acto constitutivo postulando distintas teorías, tales como la del acto colectivo, el acto complejo, de la institución, las tesis contractualistas, etcétera. De este modo, conforme al sistema normativo argentino, la naturaleza jurídica del acto constitutivo de una sociedad será la de un contrato plurilateral de organización que presenta características especiales, con una excepción reconocida para el supuesto de la sociedad de un solo socio, que tiene su origen en una declaración unilateral de voluntad¹⁰⁶, ello conforme fluye del artículo 1 de la Ley General de Sociedades.

Una situación similar se observa en el derecho español, en donde el acto constitutivo de la sociedad en sentido estricto se concibe como un contrato celebrado entre dos o más personas para desarrollar una actividad con ánimo de lucro, es decir, para obtener beneficios repartibles entre los socios (arts. 1665 Código Civil y 116 Código de Comercio); mientras que en la sociedad de capital “sociedad unipersonal”, importa un acto unilateral (art. 19 Ley de Sociedades de Capital)¹⁰⁷.

Llegado a este punto, resulta esencial analizar la naturaleza jurídica de estas nuevas formas asociativas de carácter digital que, como fuera puesto de manifiesto *ut supra*, no cuentan (salvo en algunos casos puntuales y en determinados países) con un reconocimiento legal expreso. Cuando desarrollamos el concepto y origen de la figura (v. epígrafe II) y su constitución y funcionamiento (v. epígrafe III) observamos que una de las principales características de este tipo de asociación era la utilización de *smart contracts* para el desarrollo y puesta en marcha del ente digital. Si bien tal recurso, en sentido amplio, puede ser considerado como un programa de computación, no resulta menos cierto que mediante este lenguaje se fijan verdaderas condiciones y términos contractuales. De allí que hablemos de “contratos” inteligentes.

De esta forma, podríamos afirmar válidamente que, en cuanto a su naturaleza jurídica, el acto constitutivo de esta figura tecnológica encuentra

¹⁰⁶ NISSEN, ob. cit., p. 66 y 67; y VITOLO, Daniel, *Manual de sociedades*, 1º edición, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2016, p. 63.

¹⁰⁷ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 24º edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 744 y 745.



DECONOMI

importantes similitudes con las sociedades tradicionales. En efecto, nos encontramos ante un contrato (inteligente), plurilateral (pues abarca a diversas partes, en nuestro caso los “*sharetokens*” o tenedores de *tokens*) y de organización (debido a que el *smart contract* regula las diferentes relaciones entre participantes y el ente, así como su funcionamiento y demás cuestiones que refieren a su desarrollo y la consecución de su objeto).

Naturalmente, se trata de un contrato con características especiales, como fuera dicho en los acápites previos, que se asemeja más a un programa que a la acostumbrada concepción del acuerdo de voluntades, con efectos automáticos ajenos a la intencionalidad de las propias partes. Entonces, si para el Derecho Continental (así como sucede en el *Common Law*), los términos del contrato son ley para las partes, en este nuevo paradigma el código informático será ley para las partes.

4.1.2. *Atribución de la personalidad jurídica*

El autor argentino Vitolo refiere a la naturaleza jurídica de las sociedades propiamente dichas, como categoría distinta a la naturaleza jurídica del acto constitutivo, afirmando que todas ellas -sin excepción- a la luz de lo dispuesto por las normas argentinas, son sujetos de derecho (LGS: 19550 arts. 2 y CCCN: 148)¹⁰⁸.

La afirmación señalada, nos introduce en otro aspecto importante a considerar al abordar el análisis de los entes digitales en estudio: aquel relativo al reconocimiento (o no) de su personalidad jurídica y el consecuente impacto en la responsabilidad por daños.

Cabe recordar que, en términos generales, la personalidad jurídica es un recurso técnico de los ordenamientos jurídicos en virtud del cual se atribuye derechos y obligaciones a sujetos diversos a los seres humanos. Se trata pues de un producto del derecho que obedece a una política de planeamiento estatal (que, naturalmente, puede ser más flexible o rígida en cada país).

¹⁰⁸ VITOLO, ob. cit., p. 64.



DECONOMI

Sucede que el derecho no puede ser ajeno para adecuar las normas a la realidad económica y social que regula y a la actividad de los agentes económicos que se desenvuelven en el mercado. La persona jurídica es una creación del derecho en relación con una realidad social, del mismo modo que la persona es una creación del derecho en relación con una realidad corpórea¹⁰⁹. En este sentido, podemos afirmar que la personalidad jurídica es un medio técnico – jurídico de simplificación de las relaciones jurídicas, que el legislador dispone conforme la política legislativa que se imponga para autorizar que los particulares conciban el nacimiento de nuevos sujetos de derecho conforme autorice la legislación¹¹⁰.

En el caso argentino, y como fuera señalado por el autor previamente citado, no existen dudas en cuanto a este reconocimiento: todas las sociedades son sujeto de derecho y como tales tienen reconocida una personalidad jurídica propia, distinta de los sujetos que la componen.

Rige, en principio¹¹¹, una forma escrita sin solemnidades absolutas (conf. art. 4 LGS), importando la inscripción registral una condición de regularidad (conf. art. 7 LGS), pero no de existencia del sujeto ni de reconocimiento de su personalidad jurídica (conf. art. 2 LGS).

Podría decirse que, en el derecho español esta afirmación no resulta tan simple pues pueden concebirse sociedades con personalidad jurídica y sociedades sin personalidad jurídica, que se registrarán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (arts. 38 y 1669 CCiv.).

Ocurre que, para el derecho español vigente, y en lo que toca a las sociedades civiles, se establece que no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios (arg. conf. art. 1669 CCiv.). Por su parte, el Código de Comercio, sobre el que volveré más adelante, resulta más confuso pues, a partir de las normas contenidas en los

¹⁰⁹ RICHARD, Efraín; y MUIÑO, Orlando, *Derecho societario*, 1° edición 3° reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, T. I, p. 35.

¹¹⁰ *Idem*, p. 36.

¹¹¹ Principio que cede en el caso de las sociedades por acciones donde, además de la forma escrita, se exige el instrumento público (art. 165 LGS).



DECONOMI

artículos 116 y 119, se puede interpretar que la falta de inscripción priva de personalidad al ente.

En este sentido, el legislador español, siguiendo al belga de 1873 ha establecido un sistema unitario, reconociendo la personalidad jurídica a todas las sociedades siempre que cumplan determinados requisitos de publicidad. Sin escritura e inscripción no hay personalidad social; habrá una sociedad irregular, que es tanto como decir una pura relación contractual de sociedad¹¹².

Esta distinción no resulta baladí. Sucede que uno de los grandes problemas que puede aparejar la calificación de estos entes digitales se encuentra justamente relacionado al reconocimiento o no de su carácter de sujeto de derecho.

Dicho en otros términos: ¿Las organizaciones autónomas descentralizadas tienen aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones? ¿Son susceptibles de ser llevadas a juicio como un sujeto independiente? ¿Se les puede imputar responsabilidad por daños?

Pues bien, la respuesta estará necesariamente ligada al sistema jurídico dentro del cual se desarrollen y funcionen. Esbozare más adelante una respuesta concreta desde la perspectiva argentina y española.

Sin perjuicio de ello, considero (y repito) que aun el supuesto de falta de previsión normativa expresa no resulta óbice para la atribución del carácter de sujeto de derecho de las DAO. Sucede que, si bien es cierto que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales estas entidades no se encuentran ni siquiera mencionadas, nada impide -si la realidad jurídica y comercial lo exige- estructurar al ente a partir de uno alguno de los moldes ofrecidos por la ley. Se trata en todo caso de una tarea que exigirá de análisis, flexibilidad y capacidad interpretativa de los operadores jurídicos, pero que no implica una imposibilidad de reconocimiento del carácter de sujeto de derecho.

Finalmente, cabe referir, tal como lo advierte Muñoz Pérez en su obra, que las entidades legales en manos de los algoritmos harían factible que estas pudieran acumular riqueza, que aprovecharan los recursos en los mercados de

¹¹² RICHARD; y MUIÑO, ob. cit., p. 35.



capital y participaran incluso en determinados procesos políticos, sin estar sujetos a las restricciones bajo las cuales operan los humanos¹¹³. En este sentido, un algoritmo por sí solo puede desarrollar actuaciones de toda índole, pero si viene desprovisto de personalidad jurídica no podría realizar de forma plena una actividad legítima en el ámbito económico ni en el jurídico, es decir, el algoritmo por sí solo no podría realizar transacciones, acumular riqueza, o negociar con personas en el campo económico. La identidad es por tanto necesaria para la finalidad de realizar actuaciones de forma plena en el mundo jurídico¹¹⁴.

4.2. Responsabilidad jurídica de la DAO y de sus integrantes: el precedente “bZx” DAO y “Ooki” DAO

Llegado a este punto debemos introducirnos en el análisis de una cuestión medular: la responsabilidad de la DAO y de sus integrantes frente a terceros por las consecuencias derivadas de su actuación en el tráfico mercantil. Cabe recordar primeramente que la responsabilidad puede ser entendida en distintos sentidos, dentro de los cuales, su concepción más estricta, identifica con responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama indemnización¹¹⁵. En el ámbito de las relaciones jurídicas, el vocablo “responsabilidad” importa la atribución de un deber jurídico en cabeza de una persona quien, porque el ordenamiento así lo dispone, debe -en sentido amplio- “dar respuesta” mediante la realización de una conducta que le es impuesta. Porque así lo ha elegido (por ejemplo, al celebrar un contrato), o porque se encuentra inmerso, como protagonista, en una situación a la que el ordenamiento le asigna la virtualidad de generar dicho deber de obrar (de manera positiva o negativa), y que, en caso de no ser cumplido de manera espontánea, le es exigible por la vía coactiva. “Ser responsable” pues se predica de cualquier sujeto gravado con un deber jurídico determinado: si se “debe”, se es “responsable”¹¹⁶.

¹¹³ MUÑOZ PÉREZ, ob. cit., p. 352 y 353.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar.; y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, 2º edición 2º reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 144.

¹¹⁶ OSSOLA, Federico, *Responsabilidad Civil*, 1º edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 3.



DECONOMI

En una primera aproximación, podemos afirmar que la eventual responsabilidad que pueda corresponder a una DAO, así como la de sus integrantes frente a terceros dependerá de su *estatus* jurídico dentro de un ordenamiento determinado. Así, como fuera postulado al abordar la naturaleza jurídica de estos entes, tendremos que observar en primer lugar el sistema jurídico dentro del cual se desenvuelve para establecer si pudiera responsabilizarse de forma directa y autónoma a la DAO por daños ocasionados a terceros.

Sobre este particular punto, y para despejar cualquier duda en relación a la potencialidad de este tipo de planteos, alerta Duprat que la asimilación de las DAOs a las sociedades ya no es un mero enunciado académico o una elucubración sólo teórica, sino que ha sido planteada por primera vez en los tribunales, en el mes de mayo del año 2022, época en la que se interpuso ante la Corte del Distrito Sur del Estado de California una demanda por daños y perjuicios causados por una DAO y demás personas vinculadas¹¹⁷.

En el caso citado por este autor¹¹⁸, los demandantes depositaron criptomonedas mediante la utilización de un protocolo llamado “bZx”, cuya seguridad ante hackeos había sido garantizada por sus creadores. A pesar de la promesa de seguridad, el sistema fue atacado (“pirateado”) y los fondos de los reclamantes robados, posibilitando el hecho dañoso la negligencia propia de los fundadores. Lo interesante del ejercicio de esta acción de clase es que, entre los demandados, se ubicaban “bZx DAO” y “Ooki DAO”, entes autónomos descentralizados que fueron caracterizados como una *general partnership*, pretendiendo de esta manera obtener la responsabilidad solidaria e ilimitada de los inversores, poseedores de *tokens* de gobernanza, a los que calificaban de socios.

Cabe mencionar que la participación de estos entes digitales en la operatoria era clara. Sintetizando: el protocolo “bZx” era desarrollado, controlado y operado por la DAO, sistema que permitió ofrecer prestamos descentralizados (DeFi). Estallado el conflicto por problemas de seguridad, los *tokens* del

¹¹⁷ DUPRAT, ob. cit., p. 2.

¹¹⁸ Demanda disponible para su consulta en <https://www.classaction.org/media/sarcuni-et-al-v-bzx-dao-et-al.pdf> (10/03/23).



protocolo “bZx” fueron convertidos en *tokens* de “Ooki DAO”, lo que configuró -a criterio de los reclamantes- la existencia de una *general partnership* constituida por ambas DAO, con las responsabilidades derivadas de tal situación.

La *class action* analizada, más allá del resultado que en definitiva pueda tener, revela que el estudio y debate sobre la responsabilidad de las DAO y de sus integrantes resulta necesario, pues tratándose de entidades que se encuentran destinadas al tráfico mercantil, presentan una alta exposición a distintas situaciones de las que podrían derivarse algunas consecuencias jurídicas, entre ellas, eventuales responsabilidades por daños y perjuicios.

Volviendo al foco de este trabajo, y en los términos en que fuera propuesto en el punto que antecede relativo a la determinación de la naturaleza jurídica, el caso vislumbra el esfuerzo analítico e interpretativo del operador jurídico¹¹⁹, quien frente a la inexistencia de normas específicas referidas a las DAO, pretendió encuadrar la estructura organizativa digital como *general partnership*¹²⁰, forma jurídica propia del derecho anglosajón¹²¹, que en su forma más común otorga a todos los socios los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades. Con este encuadre jurídico, podría responsabilizarse a cada uno de los socios que, en el caso de la DAO, se asimilan a los tenedores de *tokens* de gobernanza o inversores (o al menos esa fue la intención plasmada en la pretensión).

4.3. La cuestión en el derecho comparado. Breve aproximación

El reconocimiento jurídico de las DAO como entidades legales¹²², como es dable suponer, resulta dispar en todo el mundo, debido en gran medida a su estado “germinal” de desarrollo y al empleo de tecnologías novedosas que

¹¹⁹ Los abogados Jason Harrow y Charles Gerstein de Gerstein Harrow LLP.

¹²⁰ Debe destacarse que doctrinariamente se discute si esta forma concede o no personalidad jurídica.

¹²¹ Corresponde aclarar en este punto que resulta extremadamente difícil establecer una clasificación que recoja todos los tipos societarios de EE. UU., dado que, en virtud de su forma federal de gobierno, cada estado regula de manera propia sus estructuras societarias. En lo que aquí interesa resaltar, las *partnerships* pueden constituirse bajo dos modalidades: la *general partnership*, que es aquella en la que todos los socios (*partners*) son conjuntamente responsables de las deudas sociales; y la *limited liability partnership* (LLP) que es aquella en la que solo responden de forma limitada por estas deudas salvo que existan malas prácticas profesionales. La *general partnership* se encuentra regulada por el Acta de Sociedad Colectiva Uniforme.

¹²² Y su *estatus* de sujeto de derecho.



DECONOMI

hasta ahora no logran penetrar con fuerza en estructuras jurídicas que, en su mayoría, se basan en postulados de siglos pasados. Sin perjuicio de ello, existen ciertas regulaciones que en mayor o menor medida receptan estas formas digitales, teniendo en cuenta su potencialidad para el desarrollo del comercio asociativo. Los ordenamientos jurídicos argentino y español se encuentran dentro del grupo de jurisdicciones que ni siquiera contemplan la figura digital, forzando al operador jurídico a encuadrarla compulsivamente en alguna de las reglamentaciones (anticuadas) preexistentes o disponibles¹²³.

En este contexto, y sin perjuicio de que el presente trabajo se circunscribe al ordenamiento jurídico argentino y español, considero relevante mencionar el estudio de legislaciones foráneas efectuado por los autores argentinos Santamaria y Heredia Querro al momento de desarrollar y explicar cómo encuadrar legalmente estas figuras¹²⁴ complementado con el análisis posterior realizado por la autora española Muñoz Pérez de las “*legal wrappers*” como intento de personificación de las DAOs mediante sociedades inscriptas¹²⁵, pues permite conformar un panorama global del estado “legal” de la cuestión en los diversos ordenamientos jurídicos (tanto de tradición continental como anglosajona), especialmente en países como Estados Unidos (que posee diversas normas en sus distintos estados que abordan este fenómeno de manera expresa¹²⁶), Suiza (con la flexibilidad propia que presenta su Código Civil liberal y flexible respecto de la formación y gobierno de las asociaciones), e Islas Caimán (mediante su Ley de *Foundation Companies*), entre otros.

Sin embargo, se advierte al lector, tal como lo hace la autora española mencionada, que el propósito de todas estas iniciativas comparte una característica en común: encajar a la DAO en una sociedad de responsabilidad limitada o LLP¹²⁷, o, en su caso, en la figura de una fundación.

¹²³ Sobre esta particular afirmación corresponde aclarar que no siempre resultará necesario el encuadre jurídico de la DAO bajo las formas reconocidas por la ley pues, aun sin personalidad jurídica, podría encuadrar válidamente en el prototipo de “empresario”, concepción contenida en el Código Civile italiano, referida a quien ejerce de forma profesional una actividad económica organizada para la producción y el intercambio de bienes y servicios.

¹²⁴ SANTAMARIA; y HEREDIA QUERRO, ob. cit., p. 12 y 13.

¹²⁵ MUÑOZ PÉREZ, ob. cit., p. 146 - 172.

¹²⁶ En este sentido, han avanzado sobre esta tecnología los estados de Wyoming, Tennessee, Vermont y, recientemente, Utah.

¹²⁷ MUÑOZ PÉREZ, ob. cit., p. 159.



Es decir, no han surgido propuestas genuinas tendientes a tratar el fenómeno como un nuevo paradigma, sino que, hasta el momento, se lo aborda con recetas tradicionales en todo el mundo (aunque con distintos matices).

4.4. La cuestión en Argentina

Si analizamos la misma situación desde el prisma del ordenamiento jurídico argentino, podríamos postular diferentes encuadres. Recuérdese en este punto que la unificación en un solo texto de los Códigos Civil y Comercial modificó la denominación original de la Ley de Sociedades Comerciales nro. 19550 por “Ley General de Sociedades”.

En lo que aquí interesa, el cambio generó una regulación única que comprende a todas las sociedades y hace desaparecer la clásica distinción normativa entre civiles y comerciales¹²⁸, concentrando todos los tipos societarios en un solo cuerpo normativo¹²⁹.

Este sistema normativo insiste con el concepto de tipicidad (art. 1 LGS), en virtud del cual los constituyentes no pueden apartarse de los tipos creados por el legislador si pretenden tener una sociedad regularmente constituida¹³⁰, ello en aras de la seguridad del tráfico mercantil. De esta forma, aquellas sociedades que no exhiban todos los requisitos esenciales “tipificantes” o que comprendan elementos incompatibles con el tipo legal, serán remitidas al régimen normativo contenido en la Sección IV de la ley (arts. 21 a 26).

Entonces, uno de los primeros encuadres posibles, ante la dificultad que podría representar ajustar la DAO a uno de los tipos societarios regulares previstos en el ordenamiento jurídico argentino, debido a la incompatibilidad o carencia de los elementos esenciales tipificantes, es considerarla lisa y llanamente como una sociedad irregular, con la regulación específica prevista en los arts. 21 a 26.

¹²⁸ BALBÍN, Sebastian, *Ley General de Sociedades Revisada, Ordenada y Comentada*, 2º edición, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, p. 3.

¹²⁹ Afirmación que en la actualidad no resulta categórica pues en los años siguientes se introdujo en el ordenamiento argentino la figura de la Sociedad Anónima Simplificada (SAS), con fuente en la experiencia colombiana, a partir de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor nro. 27.349.

¹³⁰ NISSEN, ob. cit., p. 85.



DECONOMI

De tal forma, resultaría indistinto si el estatuto se encuentra configurado como un programa de computación, la falta de organicidad aparente en el sentido concebido para los clásicos moldes societarios, o el sistema de toma de decisiones y su dirección administrativa, pues la regulación contenida en la Sección IV tiene un carácter residual en el sentido de que en este ordenamiento se incluye todo tipo de sociedad que no se constituya de acuerdo con alguno de los tipos ya regulados en otras secciones¹³¹.

No obstante, debe señalarse que las consecuencias jurídicas de este encuadre son notoriamente distintas a la situación planteada en el caso de la *general partnership* pues la regla general es que los socios (en nuestro caso los tenedores de *tokens*) responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales (conf. art. 24 LGS). Esto supone que cada socio no se encontrará expuesto con su patrimonio personal al reclamo por el total de la deuda, sino sólo respecto de una fracción de ella¹³², solución que ha merecido justificadas críticas en el ámbito local, pero que exceden el marco de este trabajo.

Cabe preguntarse en este punto si resultaría posible recurrir al tipo societario de la sociedad colectiva previsto en la LGS, forma que simboliza el prototipo del esquema genérico de sociedad, en el sentido de representar la situación por la cual dos o más personas ejercitan en común -con el objeto de distribuir utilidades- una actividad comercial¹³³.

Sucede que esta forma, además de ser la más antigua, resulta extremadamente flexible en cuanto a su constitución y funcionamiento, ello debido a la simpleza con la que se encuentra concebida y regulada. A modo de ejemplo: la posibilidad de constituir la mediante instrumento público o privado (conf. art. 4 LGS; supuesto este último en el que podríamos incluir un “programa de computación”); su sencilla estructura que no requiere la presencia de órganos diferenciados en los que distribuir las tareas, característica conocida como “auto

¹³¹ ARECHA, Tomas, “¿Entes incluidos o excluidos?”, en ORQUERA, Juan (Comp.), *Las sociedades de la IV Sección de la Ley General de Sociedades*, 1° edición, Ed. Didot, Buenos Aires, 2020, p. 45.

¹³² PULIAFITO, Gladys, “La responsabilidad en las sociedades de la sección IV”, en *idem*, p. 240.

¹³³ VITOLO, ob. cit., p. 381.



DECONOMI

organicismo de estructura simple”¹³⁴; la posibilidad de aportar todo tipo de prestaciones (arts. 38 y 39 de la LGS; en atención a la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada que tienen sus socios); la división de su capital social en partes de intereses; etc.

Sin perjuicio de las bondades que presenta este modelo en cuanto a su sencillez, cierto es que en la práctica se encuentra en desuso, en tanto los nuevos emprendimientos adoptan aquellas formas que conceden también un beneficio de limitación de la responsabilidad para sus integrantes, siendo este elemento determinante a la hora de optar por una estructura jurídica formal.

A ello debe agregarse que el elemento personalista propio y característico de este molde societario constituye -a criterio del suscripto- un valladar insalvable para su implementación en las DAO. Recuérdese que, en las sociedades por parte de interés, como es el caso de la sociedad colectiva, y a diferencia de las sociedades capitalistas, el elemento personal del socio es un rasgo distintivo. Se trata pues de sociedades *intuitio personae*, en contraposición con las *intuitio pecunae*, característica que justifica la simplicidad de su estructura organizativa, dado que cualquiera de los socios puede administrar y representar al ente.

Tal situación no se configura en las DAO, en donde sus integrantes pueden garantizarse un total anonimato, rasgo propio de la tecnología empleada, y donde las características personales de los demás tenedores de *tokens* resultan absolutamente irrelevantes para la ejecución del *smart contract*.

4.5. La cuestión en España

En el caso de España, la situación resulta diferente, pues se presentan normas difusas en lo que respecta a la regulación de las formas societarias. En efecto, el legislador español ha concentrado las sociedades de capital¹³⁵ en la Ley de Sociedades de Capital Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, con el propósito de coordinar el contenido de las normas previas

¹³⁴ BALBÍN, Sebastian, *Manual de Derecho Societario*, 2º edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 144.

¹³⁵ Que a rigor de verdad son las formas jurídicas más adoptadas para el tráfico mercantil, resultando los restantes moldes societarios de uso secundario (situación que también se configura en Argentina).



DECONOMI

existentes. Estas, de una u otra manera, abordaban la regulación del mismo fenómeno jurídico con el recurso de la remisión que, en la práctica, arrojaba resultados no satisfactorios, como pone de relieve el apartado “I” de su Exposición de Motivos.

Cabe mencionar aquí que, no obstante que la propia exposición de motivos afirmaba, con llamativa paradoja, que la LSC nacía con una singular “voluntad de provisionalidad” a la espera, en aquel momento, de la pronta conclusión de los trabajos relativos al nuevo Código Mercantil, dentro del cual el derecho de sociedades ocuparía un lugar de extraordinario relieve, ello no ha sucedido¹³⁶, por lo cual podríamos afirmar que, en lo sustancial, el núcleo normativo del derecho societario de España se compone de los siguientes instrumentos: la mencionada Ley de Sociedades de Capital; el propio Código de Comercio; la Ley de Sociedades Profesionales Ley 2/2007; y, me permito agregar también, el Código Civil, que regula la figura de la Sociedad Civil¹³⁷ la cual, se verá, resultará de práctica en nuestro caso, entre otras normas que también abordan este negocio jurídico¹³⁸.

A ello se agrega el elemento comunitario, que no se encuentra presente -de momento- en Argentina, donde el nivel de integración regional se encuentra aún en un estado germinal. Sucede que España, como miembro de la Unión Europea, se encuentra sujeto también a la regulación que en la materia podrían dictar los órganos supranacionales, elemento que suma complejidad al entramado normativo propio de este país. En este sentido, y al solo efecto de ilustrar lo complejo de este sistema normativo, podría mencionarse el recientemente aprobado Reglamento de Mercados de criptoactivos conocida como “MICA”, que si bien aborda de forma puntual la regulación de mercados

¹³⁶EMBID IRUJO, José, “Problemas y perspectivas del Derecho de sociedades de capital en el Ordenamiento Jurídico Español” en EMBID IRUJO, José (Dir.); y NIETO CAROL, Ubaldo (Dir.), *Estudio de Derecho de Sociedades*, 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 27.

¹³⁷ Figura que fue derogada en Argentina a partir de la concentración normativa señalada precedentemente.

¹³⁸ Por ejemplo y entre otras: Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, norma que regula una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica; Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca; y Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, norma que, a diferencia de lo que sucede en la legislación argentina, regulada de forma separada los distintos procesos de reorganización empresarial.



donde se desenvuelven activos digitales, podría impactar de forma tangencial sobre las DAOs y su desenvolvimiento en las finanzas descentralizadas (DeFi).

Dicho ello, corresponde marcar una diferencia notoria con el régimen societario argentino en caso de pretender enmarcar a la DAO bajo el rótulo de sociedad irregular.

En este sentido, para el derecho español, la irregularidad societaria se encuentra referida no sólo como la sociedad de capital que no se inscribe, sino en general, a toda sociedad que por tener actividad mercantil deba constituirse en escritura pública e inscribirse, pero no lo hace¹³⁹. En este sentido, sostiene Fernández de la Gándara que la jurisprudencia española ha canonizado el criterio según el cual la irregularidad es un problema tanto de forma como de publicidad. Ello ha llevado al Tribunal Supremo a calificar indiscriminadamente como irregulares todas aquellas sociedades civiles en las que, o bien el contrato fundacional no se instrumenta en documento escrito o bien renuncian a darse a conocer, como tales, en el tráfico jurídico¹⁴⁰.

Adviértase que la norma contenida en el artículo 1669 CCiv es clara en cuanto dispone que no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, debiendo regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, lo cual ha sido sostenido también por la jurisprudencia¹⁴¹.

Por el lado de las sociedades de personas, sostiene este autor, la irregularidad viene caracterizada, en suma, por dos notas esenciales, que han de darse contemporáneamente: su actuación en el tráfico como tal sociedad y la ausencia de inscripción registral. Se trata por consiguiente de un típico fenómeno de disociación entre la (ausencia de) publicidad registral y (existencia de) la publicidad de hecho que se manifestaría en la particular relación que media entre el efecto negativo de la publicidad registral y la publicidad de hecho¹⁴². Debe

¹³⁹ FAUS PUJOL, Manuel, *Práctico Sociedades Mercantiles*, V Lex, recurso electrónico, Barcelona, 2014, (actualización marzo 2023).

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Derecho de sociedades*, 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, V. I, p. 62.

¹⁴¹ SAP, Madrid, sentencia nro. 188/2023 del 23/03/23, ponente Virginia Villanueva Cabrer, f.j. 3º.

¹⁴² *Idem*, p. 64.



DECONOMI

observarse en este punto la norma contenida en el art. 21 del CCom en lo que a la inscripción registral refiere.

Por su parte, el artículo 119 del Código de Comercio dispone que “toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, con pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro mercantil (...)”. Cabe aclarar aquí, tal como lo hace en su obra Fernández de la Gándara¹⁴³, que la doctrina tradicional española ha sido revisada críticamente y objeto de una reflexión meditada y de una significativa reconstrucción por el profesor Paz-Ares, para quien la adquisición de la personalidad jurídica no puede, en su opinión, supeditarse o condicionarse al cumplimiento de ningún requisito de publicidad por ser simplemente el resultado de la eficacia organizativa del contrato, esto es, un atributo natural que surge en el mismo momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad¹⁴⁴. Sin perjuicio de ello, en lo que refiere al objeto de este trabajo, y a pesar de las discusiones doctrinarias propias que generó la interpretación del requisito de inscripción contemplado en el artículo 119 antes citado y sus consecuencias en punto al reconocimiento (o no) de la personalidad jurídica¹⁴⁵, es dable afirmar que el efecto fundamental de la inscripción en el ordenamiento español vigente es el reconocimiento de la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido, de lo cual se desprende que, en el supuesto de configurarse un escenario de irregularidad societaria, el ente no tendrá personalidad jurídica, y en consecuencia, no podrá ser titular de derechos y obligaciones, debiendo responder sus integrantes en forma directa.

En lo que respecta a las sociedades de capital, la norma específica que las regula también contempla soluciones propias, ajustadas al fenómeno específico al que responden estos entes. Así, conforme fluye del artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, toda sociedad devenida en irregular, por verificarse la voluntad de no inscribirla, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura correspondiente, será regulada por las normas de

¹⁴³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ob. cit., p. 70.

¹⁴⁴ Interpretación que, podríamos afirmar, sigue la corriente jurídica argentina.

¹⁴⁵ Ver para una mayor ilustración sobre este tema REDONDO TRIGO, Francisco, “La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 19 de diciembre de 2006”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nro. 700, 2007, p. 857 y ss.



DECONOMI

la sociedad colectiva, o, en su caso, de la sociedad civil. Y si bien la norma remite a la aplicación de las disposiciones relativas a la sociedad colectiva y la sociedad civil, se ha sostenido jurisprudencialmente que tal remisión no puede conducir al reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad¹⁴⁶, pues la norma no exonera el cumplimiento de los recaudos que deben observarse para estos moldes societarios, conforme fuera mencionado en los párrafos que anteceden.

Por lo demás, y aun en el caso de favorecer la remisión normativa a las otras formas societarias, deberá estarse al requisito de constitución bajo el instrumento de escritura pública, exigencia que tampoco se advierte en el sistema argentino, donde existe una amplia posibilidad de conformar sociedades mediante instrumentos privados, con excepción de las sociedades por acciones. De tal manera, y aun prescindiendo de la inscripción, la organización autónoma debería encontrarse configurada no solo en un *software*, sino que, también, plasmada en una escritura pública, para poder ser considerada sujeto de derecho dentro del sistema español.

Ante este escenario, y conforme fue señalado precedentemente, pareciera que la alternativa más factible para el “*wrap*” en España lo constituye la sociedad civil regulada en el Código Civil regulada en los artículos 1665 y ss. Debe recordarse que la auténtica sociedad civil tiene un objeto exclusivamente civil (sociedad agrícola, artesanal, cultural, etc.), se aúnan esfuerzos para fines no mercantiles llegando hasta las entidades que objetivamente no tienen finalidad de lucro (fundaciones, ONG, asociaciones culturales, etc.)¹⁴⁷, aunque, debe señalarse, como se dijo precedentemente que, en la doctrina española, el ánimo de lucro no resulta un elemento esencial o dirimente para la consideración de una sociedad como mercantil¹⁴⁸.

Ello así, la sociedad civil es un contrato, que no se inscribe en el Registro Mercantil, afirmación que, en sentido amplio, comprende todo acuerdo de voluntades, incluido aquel que se formalice mediante un *software* (*smart contract* en nuestro caso) siempre que pueda plasmarse al menos por escrito.

¹⁴⁶ STS, Sala de lo Civil, sede Madrid, sentencia nro. 1280/2006 del 19/12/2006, ponente Vicente Luis Montes Penades, f.j. 3, (STS 7972/2006).

¹⁴⁷ FAUS PUJOL, ob. cit.

¹⁴⁸ Ver capítulo II, ap. 3.



DECONOMI

Recuérdese que, en principio, la normativa española establece una libertad de formas para la constitución de la sociedad civil (conf. art. 1667), lo cual refuerza la tesitura de adoptar esta modalidad aun tratándose de un contrato inteligente (ello siempre que no se aporten bienes inmuebles, supuesto en el cual la exigencia de forma se intensifica).

También podría considerarse, fuera del espectro societario, la utilización de la figura relativa a la comunidad de bienes, situación en la que, conforme el artículo 392 del Código Civil, la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece «pro indiviso» a varias personas. Se trata de un supuesto de cotitularidad (compartir derechos) y, dentro de ésta, se trata de la cotitularidad sobre la propiedad de una cosa, de un derecho o de varias cosas o derechos¹⁴⁹, figura que vale aclarar, no otorga personalidad jurídica.

Adviértase que el encuadre jurídico de la organización autónoma descentralizada dentro del sistema español se torna más complejo, debido a las múltiples aristas que presenta su ordenamiento jurídico en materia de figuras asociativas societarias.

No caben dudas de que este tema traerá importantes discusiones en este país en los próximos años. Sobre el particular, y para ilustrar la relevancia de la conceptualización jurídica de la figura en España, recientemente la Dirección General de Tributos (DGT) publicó la consulta V2479-22, de 01 de diciembre de 2022, en la que se analiza por primera vez el tratamiento que debe otorgarse a los servicios prestados a una DAO por parte de una persona física en el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) y el Impuesto al Valor Añadido (IVA)¹⁵⁰. En concreto, en este caso el planteo lo realiza una persona física contratada como Jefe de Proyecto de una DAO para realizar un trabajo de coordinación para la colaboración de diferentes equipos de programadores dentro de la misma organización.

Si bien es cierto que la resolución mencionada se circunscribe a la órbita del derecho tributario que, podríamos sostener, responde a otros principios y posee herramientas especiales para determinar los sujetos de la relación

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ Disponible en: https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2479-22 (consultado el 26/04/23).



tributaria¹⁵¹, en lo que aquí interesa, y con relación específica al IVA, la DGT recurrió a las presunciones previstas por el Reglamento de Ejecución (UE) 282/2011 del Consejo de 15 de marzo de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Del examen de esta norma, la DGT concluyó que, en el caso consultado, la consultante podría considerar que la DAO no tiene la condición de empresario o profesional a efectos de IVA. Y ello conforme al siguiente razonamiento: la DAO carece de personalidad jurídica, de una localización concreta y de un número de identificación fiscal¹⁵². En este caso, si bien la interpretación formulada por el órgano administrativo luce, desde lo formal, razonable, conduce a un resultado disvalioso desde el punto de vista tributario y constituye un peligroso antecedente en tanto resulta negacionista de la calidad de sujeto de derecho de estos nuevos entes digitales.

5. Palabras finales

El comercio asociativo se ha desarrollado a través de la historia encontrando distintas formas de instrumentarse. En la actualidad, la principal modalidad la representa el denominado negocio societario. Sin perjuicio de ello, no se trata de la única forma de ejercer el comercio de manera colectiva. En este marco, la disrupción digital ha significado el descubrimiento de nuevas modalidades a partir de las cuales podríamos explotar la actividad mercantil de forma colectiva (en este caso, con características asociativas).

Las DAOs, son formas asociativas digitales, que se caracterizan especialmente por la tecnología que subyace en su constitución, apartándose de las tradicionales y centralizadas concepciones societarias. En particular, destaca el uso de la cadena de bloques o *blockchain* y el empleo de los denominados contratos inteligentes o *smart contracts* que permiten la auto ejecución de sus

¹⁵¹ Por ejemplo, podría recurrirse al “principio de la realidad económica”, de origen Alemán, directriz impositiva que propugna una visión económica en el conocimiento de las normas tributarias (conf. MARTÍNEZ, F., El criterio económico. La importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (“intentio facti”) y la intención jurídica (“intentio iuris”), *Estudios de derecho fiscal*, 1974, p. 169).

¹⁵² Análisis recuperado de: <https://www.cuatrecasas.com/es/global/fiscalidad/art/tributacion-iae-iva-servicios-prestados-dao> (consultado el 26/04/23).



DECONOMI

cláusulas evitando la discrecionalidad de las partes intervinientes en el despliegue de sus efectos, característica esta última que representa una importante ventaja en términos de seguridad jurídica y una gran desventaja en cuanto a la rigurosidad del sistema.

El ordenamiento jurídico vigente presenta importantes vacíos en torno a las organizaciones autónomas descentralizadas. En el caso español, ni siquiera podrían ser consideradas sociedades comerciales en su forma más pura, vedándoseles el reconocimiento de personalidad jurídica y su carácter sujetos de derecho. Distinta solución podría presentarse si se utilizara la envoltura correspondiente a la sociedad civil. Para el ordenamiento argentino, existe la posibilidad de contemplarlas de forma residual como sujeto de derecho irregular. En ambos casos, se trata de regulaciones antiguas que no abordan el fenómeno en su total dimensión y que no logran agotar las consecuencias propias de este nuevo fenómeno.

Finalmente, se advierte un error común en el abordaje unidisciplinario de este tipo de figuras. Debe reconocerse la complejidad técnica que representan estas nuevas modalidades y reforzarse la necesidad de abordar el fenómeno de manera interdisciplinaria. De lo contrario, encontraremos diferentes trabajos doctrinarios y proyectos legislativos que reproducen conceptos técnicos sin tener una acabada noción de su funcionamiento. Del otro lado, encontramos distintas iniciativas técnicas que no toman en cuenta los efectos jurídicos que podrían acarrear.



“La implicancia tributaria en las indemnizaciones laborales a través de la jurisprudencia.”

por Daniel Barbato

El presente tiene por objeto emitir algunas consideraciones acerca del impacto del Impuesto a las Ganancias¹⁵³ en el pago de ciertas indemnizaciones que perciben los trabajadores como consecuencia de las desvinculaciones laborales en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo¹⁵⁴.

Lógicamente, en esta temática, coexisten dos ramas normativas muy importantes dentro del ordenamiento jurídico puesto que el derecho del trabajo y el tributario están estrechamente vinculados.

Es susceptible de mención que esta arista, por un lado, ya fue abordada en distintas disputas por los foros judiciales competentes¹⁵⁵ y, por el otro, dicha circunstancia, en su hora, motivó cambios destacados en la legislación laboral así como en la normativa interna de la autoridad recaudadora¹⁵⁶, tal como se verá seguidamente.

1. Conceptos tributarios relevantes

Ante todo, resulta necesario repasar someramente ciertos institutos relevantes del derecho tributario quedando fuera de toda discusión que el mismo, al ser una rama jurídica con matices propios, forma parte integrante del sistema jurídico de nuestro país¹⁵⁷.

¹⁵³ De ahora en más lisa y llanamente el IG.

¹⁵⁴ De acá en adelante sumariamente la LCT, Ley N° 20.744 (B.O. 27.9.74) y sus modificaciones. Dicha norma está publicada en www.infoleg.gob.ar

¹⁵⁵ Tales como el Tribunal Fiscal de la Nación, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de aquí en más prietamente el TFN, la CNACAF y la CSJN respectivamente.

¹⁵⁶ En el caso, la AFIP-DGI y/o la DGI.

¹⁵⁷ Conf. Jarach, “Curso de Derecho Tributario”, Edit. Cima, Bs As, 1980, pág. 22; Corti, A, “De la Autonomía del Derecho Tributario”, en “Homenaje al 50 aniversario de “El Hecho Imponible” de Dino Jarach”, Edit. Interoceánicas, Bs As, 1994, pág. 33; entre otros.



DECONOMI

En este ámbito, se memora que el hecho imponible, piedra basal del derecho tributario, es “...*el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria...*”¹⁵⁸ o bien es el que “...*determina y da origen a la obligación tributaria...*”¹⁵⁹.

En el supuesto del IG, para el caso de las personas físicas que es la hipótesis que interesa comentar¹⁶⁰, el hecho imponible está dado por “*los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación*”.

A tal fin, se debe entender por “periódico” a lo “...*que se repite con frecuencia a intervalos determinados; Dícese de los fenómenos cuyas fases todas se repiten permanentemente y con regularidad...*”¹⁶¹.

A su vez, este concepto, a la luz del IG, significa que “...*su contenido esencial consiste en aplicar el impuesto a la riqueza cuyo incremento es un fenómeno regular que indica una capacidad contributiva normal...*”¹⁶².

En línea con ello, también se expresó que “...*constituye rédito aquel beneficio que corresponde al fin a que se destina el bien que lo originó, o que deriva de la actividad habitual del contribuyente, sin que tenga significación alguna la frecuencia efectiva de ese ingreso...*”¹⁶³.

¹⁵⁸ Conf. artículo 28 de la Ley General Tributaria del Reino de España, comúnmente conocida como LGT, citado por Pérez Royo, “Derecho Financiero y Tributario. Parte General”, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 122.

¹⁵⁹ **Conf. CSJN, in re “Indunor S.A. C/Provincia de Chaco” de fecha 13.9.73, publicado en Derecho Fiscal Tomo XXIII, pág. 619. Este fallo es importante puesto que el Tribunal cimero definió expresamente el concepto de hecho imponible de los tributos en general.**

¹⁶⁰ Es susceptible de mención que la Ley de Impuesto a las Ganancias –de acá en más simplemente LIG– es muy amplia al establecer distintos tipos de tributo según el sujeto pasivo de que se trate, es decir, las personas físicas, las personas jurídicas, los beneficiarios del exterior, las sucesiones indivisas, las salidas no documentadas, entre otros. Empero, aquí nos interesa abordar el artículo 2º, punto 1º, de la ley de tratas que establece “...*A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría aun cuando no se indiquen en ellas: 1) los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación;...*”.

¹⁶¹ Conf. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21º Edición, Madrid, 1992, pág. 1577 y/o www.rae.es

¹⁶² Conf. Jarach, “Impuesto a las Ganancias”, Edit. Cangallo, Bs. As., 1980, pág. 58.

¹⁶³ Conf. García Belsunce, “El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario”, Edit. Depalma, Bs. As., 1967, pág. 122.



DECONOMI

Como puede observarse, entonces, el hecho imponible, que origina el nacimiento de la obligación tributaria en el IG para el caso de las personas físicas, se configura con la generación de un ingreso reproducible en forma periódica lo que, en definitiva, conforma una hipótesis de sujeción.

Sin perjuicio de ello, y en el ámbito del derecho tributario sustantivo, también conviven otros institutos que tienen vinculación con el hecho imponible encontrándose entre ellos el de no sujeción y el de exención.

Con relación al primero de ellos, se dijo que *“...se produce un supuesto de no sujeción cuando la persona o hechos de referencia no aparecen contemplados por el hecho imponible en cuestión. Dicho más claramente todavía: así como el hecho imponible contempla todo el ámbito objetivo y subjetivo de lo sujeto, lo que queda por fuera del hecho imponible es el ámbito de lo no sujeto...”*¹⁶⁴ así como *“...en la no sujeción, el hecho o acto no se encuentra alcanzado o aprehendido por el hecho, o circunstancia, definido por la ley para hacer nacer la obligación tributaria...”*¹⁶⁵, es decir, que *“...las normas de no sujeción, lo que hacen es precisar los confines del hecho imponible, explicar que éste, pese a algunas apariencias, no ha tenido lugar...”*¹⁶⁶.

Asimismo, en cuanto a la restante figura legal, se manifestó que *“...al hecho o acto se encuentra sujeto a imposición, de acuerdo con la estructura del hecho imponible establecido por el legislador, y existe dispensa de abonarlo...”*¹⁶⁷ o bien que *“...es cierto que la obligación tributaria no surge a pesar de haberse producido un hecho que, dados sus elementos constitutivos, quedaría normalmente comprendido dentro de la definición legal de hecho imponible. Ahora bien, para que la exclusión se produzca es necesario que la norma proceda a formular una nueva definición: la del supuesto exento. Esta definición es tan importante y eficaz como la de los hechos sujetos, dado que sin ella no*

¹⁶⁴ Conf. Pérez de Ayala y González, “Curso de Derecho Tributario”, Edit. Edersa, 1989, pág. 218.

¹⁶⁵ Conf. Spisso, “Derecho Constitucional Tributario”, Edit. Depalma, Bs. As., 2º Edición, Bs. As., 2000, pág. 149.

¹⁶⁶ Conf. Pérez Royo, ob. cit, pág. 129

¹⁶⁷ Conf. Spisso, ob. cit., pág. 149.



DECONOMI

*podrían producirse los efectos desgravatorios que la exención provoca. Esta no se produce, por tanto, porque la norma jurídica decreta que la obligación no surge, a pesar de haberse producido el hecho imponible, sino por haberse producido el hecho exento...*¹⁶⁸.

En resumen, se deduce que ambos conceptos son claramente divergentes al señalarse que *“...la diferencia entre exención y no sujeción reside en que en la primera se ha producido el hecho imponible, naciendo, por tanto, el deber de realizar la prestación tributaria correspondiente. El supuesto de exención libera precisamente del cumplimiento de esos deberes, y si libera o exime de ellos, es obvio que previamente han debido nacer. En los supuestos de no sujeción, sin embargo, el sujeto se mueve por fuera del hecho imponible; al no realizarse éste no cabe eximir o liberar de deberes no nacidos. A través de la no sujeción el legislador se limita a manifestar de forma expresa que determinados sujetos no resultan contemplados por el hecho imponible; afirmación que, al margen de brindar una interpretación auténtica sobre posibles casos de duda, sirve para completar la determinación concreta del hecho imponible...”*¹⁶⁹.

De ello se infiere, la presencia de tres figuras de relieve en el derecho tributario sustantivo, a saber: a) El hecho imponible que da origen al nacimiento de la obligación tributaria conformando un supuesto de sujeción; B) La no sujeción que implica la realización de actos jurídicos por fuera de la definición del hecho imponible que efectúa el legislador; y c) La exención que no genera la obligación tributaria por así preverlo expresamente la ley del gravamen.

Por último, y tal como se examinará, habrá que evaluar si, en la problemática a tratar, si se está en presencia de un supuesto de no sujeción tributaria o si se está frente a un caso de exención¹⁷⁰. O todo lo contrario, nace el hecho imponible –hipótesis de sujeción-.

¹⁶⁸ Sainz de Bujanda, “Teoría jurídica de la exención tributaria”, en Hacienda y Derecho, Tomo III, Edit. Madrid, 1962, pág. 449.

¹⁶⁹ Conf. Pérez Royo, ob. cit., pág. 221.

¹⁷⁰ Se subraya que esta distinción si bien no tiene una repercusión económica pero sí tiene un impacto jurídico.



2. La presencia de distintas etapas

A los efectos meramente didácticos, puede afirmarse que el foco de esta temática se caracteriza por la existencia de diversos ciclos temporales los que serán explicados a continuación.

2. a Una primera etapa

Este ciclo abarca desde diciembre de 1999 hasta junio de 2009.

Tradicionalmente, se interpretó que la exención de la LIG relativa al resarcimiento por despido -rubro antigüedad- se identificaba con la indemnización por despido dispuesta por el régimen laboral.

Vale decir que muchos de estos aspectos fueron examinados por parte de los tribunales a la hora de dirimir distintos conflictos de corte laboral-tributario entre los particulares y el organismo recaudador nacional.

En principio, la exégesis tradicional fue revisada por la Sala “B” del TFN, en la causa "Dowd de Gardey, Patricia Flavia C/DGI"¹⁷¹ del 23.12.99 donde se debatió, en el marco de una acción de repetición, si la suma percibida por la particular, en concepto de indemnización por causa de embarazo, estaba alcanzada (o no) por la exención prevista en el artículo 20, inciso i) de la LIG¹⁷² y, en consecuencia, si el concepto referido era pasible (o no) de la retención del citado gravamen.

Esta decisión, desde el prisma teórico, suscitó interés al mediar opiniones divergentes con relación al núcleo de la discusión.

¹⁷¹ Publicada en Impuestos 2000-B, pág. 1917.

¹⁷² El artículo 20 de la LIG, vigente al momento del debate, establece que “*Están exentos del gravamen: ...inc. i) Las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despidos y las que se reciban en forma de capital o renta por causas de muerte o incapacidad producida por accidente o enfermedad, ya sea que los pagos se efectúen en virtud de lo que determinan las leyes civiles y especiales de previsión social o como consecuencia de un contrato de seguro. No están exentas las jubilaciones, pensiones, retiros, subsidios, ni las remuneraciones que se continúen percibiendo durante las licencias o ausencias por enfermedad y las indemnizaciones por falta de preaviso en el despido...*”.



DECONOMI

Ciertamente, el voto minoritario del TFN interpretó que dicha indemnización estaba gravada¹⁷³ mientras que el voto mayoritario del mismo organismo jurisdiccional sostuvo la tesitura contraria debiendo el Fisco Nacional devolver la gabela retenida, sea por entender que era un caso de exención¹⁷⁴ o de una hipótesis de no sujeción¹⁷⁵.

Asimismo, la Sala IV de la CNACAF, en el mismo caso¹⁷⁶, se inclinó, en ajustada síntesis, por la postura de la exención al señalar que *“...Las sumas percibidas en concepto de indemnización por despido por causa de embarazo se encuentran exentas del impuesto a las ganancias de conformidad con lo establecido en el art. 20 inc. i) de la ley del referido impuesto, que contempla las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despido, en tanto la legislación laboral surge que se trata de un único resarcimiento causado por el despido, que se calcula en función de la antigüedad y que en los casos de embarazo resulta notablemente agravado...”* y que *“...la finalidad de la indemnización por despido es siempre la misma pues con ella se intenta proveer al sustento del trabajador hasta tanto pueda obtener nuevos ingresos. Ello se ve agravado en el caso de la mujer embarazada, pues –en razón de su estado- es altamente probable que*

¹⁷³ El voto minoritario del Dr. Castro confirmó el acto administrativo apelado porque, a su juicio, *“...la indemnización percibida por causa de embarazo, no está comprendida en la exención dispuesta por el art. 20, inc. i) de la ley del impuesto a las ganancias, no sólo porque la norma no lo contempla expresamente, sino porque, además, no puede ser considerada por analogía como una indemnización por despido rubro antigüedad, dado que trata de dos compensaciones de distinta naturaleza jurídica. En efecto, si bien lo que da origen al pago de la citada indemnización es la extinción por parte del empleador del contrato de trabajo, ello ocurre por una circunstancia especial, el embarazo, que adquiere características especiales, frente a las circunstancias generales aplicables a la indemnización por despido rubro antigüedad...”*.

¹⁷⁴ El voto mayoritario del Dr. Torres se inclinó por la exención al entender que *“...El art. 20 inc. i) de ley de impuesto a las ganancias exime, para el período en discusión, a las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despidos. El plural utilizado para designar las indemnizaciones que gozan de la exención excluye el reenvío formal a la ley de contrato de trabajo, pues la abarca a todas como género en cuanto se calculen en función de la antigüedad. La finalidad del legislador, ha sido la de no discriminar entre los beneficios que se dan por la conclusión del contrato de trabajo y que toman como base el modo de cálculo para la indemnización por el rubro antigüedad, por lo que indemnización por despido para la mujer embarazada debe gozar del beneficio de la exención junto a las otras que atañen a la antigüedad...”*.

¹⁷⁵ El voto mayoritario del Dr. Porta también hizo lugar a la repetición intentada por interpretar que *“...La indemnización en concepto de despido por causa del embarazo, no reúne las condiciones de periodicidad que implique la permanencia de la fuente (art. 2º, apartado 1 de la ley de impuesto a las ganancias), no resultando en consecuencia ganancia gravable. El hecho de que el legislador haya contemplado en el art. 20 inc. i) de la ley citada la exención de supuestos de indemnizaciones, debe entenderse como la regulación positiva de la no sujeción con el fin de evitar situaciones o zonas de peligro en la interpretación de la norma...”*.

¹⁷⁶ Conf. Sala IV de la CNACAF, *in re* “Dowd de Gardey, Patricia Flavia C/DGI” del 5.7.01, publicado en Impuestos 2001-B, pág. 84 y ss.



DECONOMI

demore más tiempo que otro trabajador en conseguir un empleo rentable y además porque se presume que deberá proveer no sólo a su sustento sino también al de su hijo y que perderá las asignaciones familiares previstas con motivo de su embarazo, incluso la correspondiente al nacimiento...”

A su vez, la Sala V de la CNACAF, en la causa “De Lorenzo, Amelia Beatriz C/DGI”¹⁷⁷ del 6.2.06, confirmó la tesis de que la indemnización por despido por embarazo estaba exenta del IG dado que “...*la finalidad de la indemnización por despido es la de proveer al sustento del trabajador hasta tanto pueda obtener nuevos ingresos, lo cual se agrava en el caso de la mujer embarazada, pues además de que le será más difícil conseguir un nuevo trabajo en razón de su estado, deberá proveer al sustento suyo y de su hijo...*”¹⁷⁸.

Finalmente, la CSJN, en el antecedente “De Lorenzo Amelia Beatriz C/DGI”¹⁷⁹ del 17.6.09 y al hacer suyo los argumentos del dictamen de la Procuración General de la Nación¹⁸⁰, se pronunció en el sentido de materializarse un supuesto de no sujeción al aseverar que: “...*La idea de periodicidad está claramente expresada, pues el tributo recae sobre una entrada que persiste o es susceptible de persistir (...)* Desde mi óptica, estas consideraciones son plenamente aplicables al sub lite pues caracterizan a la denominada “teoría de la fuente”, “teoría clásica de la rentea” o “renta-producto”, que la ley adopta durante el período de la litis para las personas físicas y sucesiones indivisas (...) En tales condiciones, es evidente para mí que la indemnización por despido de la mujer trabajadora que obedece a razones de maternidad o embarazo, como lo establece el art. 178 de la LCT, carece de la periodicidad y la permanencia de la fuente necesaria para quedar sujeta al gravamen...”

¹⁷⁷ Publicado en La Ley Online, AR/JUR/3983/2006.

¹⁷⁸ Empero, la CNACAF, en este fallo, dejó sin efecto la exención con relación a las vacaciones no gozadas y al aguinaldo proporcional, “...*por no beneficiarse con exención alguna y originarse como consecuencia del trabajo ejecutado en relación de dependencia, pues, para el personal en relación de dependencia, cualquier tipo de compensación directa o indirecta que reciba por su relación laboral constituye un hecho imponible, más allá de la frecuencia o periodicidad con que la obtenga...*”.

¹⁷⁹ Conf. Fallos D.1148 XLII en www.csjn.gov.ar; publicado también en PET de septiembre de 2009, pág. 427 y en Impuestos 2009 (Octubre) pág. 1546.

¹⁸⁰ De acá en más simplemente la PGN.



En resumen, en esta primera etapa, se aprecia que el Alto Tribunal, con el precitado fallo “De Lorenzo”¹⁸¹, estimó que el pago de las indemnizaciones por gravidez como consecuencia de una ruptura laboral, al no ser un ingreso reproducible en forma periódica, no resultaba ser un rédito exento sino, muy por el contrario, el mismo estaba fuera de la órbita del hecho imponible del IG para las personas físicas tratándose, en última instancia, de una hipótesis de no sujeción.

Por último, y tal como se examinará, habrá que evaluar si, en la problemática a tratar, si se está en presencia de un supuesto de no sujeción tributaria o si se está frente a un caso de exención¹⁸². O todo lo contrario, nace el hecho imponible –hipótesis de sujeción-.

2. b. Una segunda etapa

Este período corre desde junio de 2009 hasta julio de 2014.

Se debatió, en su hora, si la doctrina derivada del mentado precedente “De Lorenzo” tenía proyección¹⁸³ a otras hipótesis indemnizatorias¹⁸⁴.

Esta inquietud fue disipada por la CSJN, con el precedente “Negri, Fernando Horacio C/Estado Nacional-AFIP DGI S/Dirección General Impositiva”¹⁸⁵ del 15.7.14, al examinar si distintos conceptos contenidos en las indemnizaciones laborales como resultado de un distracto laboral tenían (o no) impacto en el IG.

¹⁸¹ Es decir, la CSJN se pronunció por la adopción de la teoría de la fuente al igual que el voto del Dr. Porta en la causa “Dowd de Gardey”.

¹⁸² Se subraya que esta distinción si bien no tiene una repercusión económica pero sí tiene un impacto jurídico.

¹⁸³ A título ejemplificativo, se puntualiza que un sector doctrinario precisó que el excedente surgido del tope indemnizatorio establecido en el artículo 245 de la LCT, al no ser un ingreso periódico, estaría fuera del alcance de la Ley de Impuesto a las Ganancias, ver: Barbato y Barlasina, “*El impacto del impuesto a las ganancias en las indemnizaciones laborales según un fallo de la Corte Suprema*”, publicado en El Derecho del 31.12.10, página 7 y siguientes.

¹⁸⁴ Otro antecedente interesante fue un precedente de la CSJN, en la causa “Cuevas, Luis Miguel C/AFIP” del 30.11.10, sostuvo la materialización de un supuesto de no sujeción en el Impuesto a las Ganancias para el caso del pago de una indemnización especial prevista en el artículo 52 de la Ley N° 23.551 (B.O. 22.4.88) dado que el reclamante contaba con una tutela especial y particular por ser representante sindical.

¹⁸⁵ Causa N° 204/2012, publicada en www.csjn.gov.ar



DECONOMI

Efectivamente, en dicha contienda, el particular cobró una suma determinada como corolario de un acogimiento a un régimen de retiro voluntario percibiendo, por un lado, un monto equiparable a una indemnización por antigüedad¹⁸⁶ y, por el otro, una cantidad derivada de una “gratificación por cese laboral”¹⁸⁷ calculada sin los topes previstos en el artículo 245, segundo párrafo, de la LCT y con la duplicación fijada en el artículo 16 de la Ley N° 25.561¹⁸⁸.

En síntesis, la Corte Federal, al hacer un reenvío al aludido precedente “De Lorenzo”, por un parte, expresó que el pago de la “gratificación por cese laboral” se motivó en la extinción de la relación laboral lo que importó, en última instancia, la desaparición de la fuente productora de rentas gravadas y, por la otra, aseveró que dicho concepto careció de la periodicidad y de la permanencia de la fuente necesaria para quedar sujeta del tributo en los términos del artículo 2°, inciso 1°, de la LIG.

En suma, el Tribunal cimero admitió el reclamo de repetición propiciado por el contribuyente¹⁸⁹ y, ergo, esta situación motivó, en su hora, a la AFIP a emitir una disposición interna¹⁹⁰ receptando su criterio.

2.c. Una tercera etapa.

¹⁸⁶ Este concepto no fue objeto de retención alguna por entender que no estaba alcanzado por el Impuesto a las Ganancias por considerar su inclusión en la exención de las indemnizaciones por antigüedad en caso de despido.

¹⁸⁷ Este concepto si fue pasible de una retención del Impuesto a las Ganancias por parte del empleador y lo que fue objeto de un ulterior reclamo de repetición por parte del Sr. Negri por interpretar que medió un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración.

¹⁸⁸ B.O. 7.1.02, publicado en www.infoleg.gob.ar

¹⁸⁹ A título ejemplificativo, se pone de manifiesto que distintos precedentes judiciales estimaron que el pago de diversas indemnizaciones, sea por antigüedad en exceso a los topes legales y/o por gratificación por egreso, estaban exentos del Impuesto a las Ganancias. Al respecto, tener presente: CNACAF, Sala IV, en los autos “Ediciones B. Argentina S.A. C/DGI” del 23.3.10¹⁸⁹, Expediente N° 23.870/2008; TFN, Sala “C”, en la causa “Campomasi, Fernando C/AFIP-DGI” del 18.9.12, publicado sumariamente en Cronista Comercial, Suplemento Fiscal y Previsional, del 25.3.13, pág. 8; y CNACAF, Sala II, *in re* “Quaranta Duffy, Héctor Julio (TF 30572-I) C/DGI” del 22.5.12, Expediente N° 11.516/2012, publicado prietamente en Cronista Comercial, Suplemento Fiscal y Previsional, del 23.7.12, pág. 7.

¹⁹⁰ Ciertamente, la AFIP dictó la Circular N° 4/2016 del 12.8.16 (B.O. 18.8.16) que reguló el tratamiento fiscal de la gratificación por cese laboral por mutuo acuerdo, de conformidad con el artículo 241 de la LCT, y estimó que el mismo no estaba alcanzado por el IG haciéndose eco de dicha doctrina judicial. Posteriormente, dicha Circular fue dejada sin efecto por la Resolución General-E 4003/2017 de la AFIP (B.O. 2.3.17) que la excluyó del régimen de retención prescripto por la Resolución General N° 2437/2008. Se remarcan que todas estas Resoluciones Generales están publicadas en www.infoleg.gob.ar



Este lapso abarca desde julio de 2014 hasta octubre de 2021.

Si bien los citados fallos “De Lorenzo” y “Negri” del máximo Tribunal fueron una referencia para los operadores legales a la hora de despejar dudas acerca del tratamiento fiscal asignable en el IG a las indemnizaciones, lo cierto es que la realidad fue mucho más compleja al exhibir otras situaciones que despertaron incertidumbre en el mercado.

En primer lugar, se pone de relieve que, en este período de tiempo, la Ley N° 27.430¹⁹¹, al modificar el IG, dispuso que aquellas personas que ejercen “cargos directivos y ejecutivos”, sean de empresas públicas y privadas, tributarán por las sumas que se generen exclusivamente con motivo de las desvinculación laboral en tanto excedan los montos indemnizatorios mínimos previstos en la normativa laboral aplicable¹⁹².

Este distingo generó reparos¹⁹³ por estar reñido con los axiomas de razonabilidad¹⁹⁴, de igualdad¹⁹⁵ y de igual remuneración por igual tarea¹⁹⁶.

En segundo orden, el TFN, en las causas “Cano, Juan Carlos C/AFIP-DGI”¹⁹⁷ y “Mouratian, Lucía Mónica C/AFIP-DGI”¹⁹⁸ del 18.2.19 y 5.7.19 respectivamente, admitió sendos reclamos de repetición al determinar que diversos conceptos contenidos en su liquidación final –a saber: “indemnización

¹⁹¹ B.O. 29.12.17, publicada en www.infoleg.gob.ar

¹⁹² Texto Ordenado por el Decreto N° 824/2019 del PEN (B.O. 6.12.19), publicado en www.infoleg.gob.ar. Al respecto, el artículo 82, segundo párrafo, de la LIG prevé que “...Sin perjuicio de las demás disposiciones de esta ley, para quienes se desempeñen en cargos directivos y ejecutivos de empresas públicas y privadas, según lo establezca la reglamentación quedan incluidas en este artículo las sumas que se generen exclusivamente con motivo de su desvinculación laboral, cualquiera fuere su denominación, que excedan los montos indemnizatorios mínimos previstos en la normativa laboral aplicable. Cuando esas sumas tengan su origen en un acuerdo consensuado (procesos de mutuo acuerdo o retiro voluntario, entre otros) estarán alcanzadas en cuanto superen los montos indemnizatorios mínimos previstos en la normativa laboral aplicable para el supuesto de despido sin causa...”.

¹⁹³ Conf. Brandt, María I., Llano, José M. y Vergara, Sergio D., “El impuesto a las ganancias y las sumas percibidas por directivos y ejecutivos con motivo de la desvinculación. Las dudas interpretativas que generan la ley y su reglamentación” -ERREPAR - DTE-N° 467-febrero/2019.

¹⁹⁴ Previsto en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

¹⁹⁵ Establecido en el artículo 16 de la Ley Fundamental.

¹⁹⁶ Consagrado en el artículo 14 bis de la Carta Magna.

¹⁹⁷ Conf. Sala “A” del TFN, publicado en el Cronista Comercial, Suplemento fiscal y previsional, del 23.9.19, pág. 8.

¹⁹⁸ Conf. Sala “A” del TFN, publicado en el Cronista Comercial, Suplemento fiscal y previsional, del 23.12.19, pág. 8.



DECONOMI

sustitutiva por preaviso”, “Sueldo Anual Complementario ¹⁹⁹ preaviso”, “Vacaciones no gozadas” y “SAC sobre vacaciones no gozadas”- se caracterizaban por tener una naturaleza indemnizatoria y, por lo tanto, no cumplían con los requisitos de permanencia y de habilitación de la fuente quedando fuera de la órbita del gravamen tratándose, al final del día, en una hipótesis de no sujeción fiscal.

Empero, la Sala IV de la CNACAF, en el mentado caso “Cano”²⁰⁰, revocó el temperamento del TFN al estimar que la “indemnización sustitutiva por preaviso” y el “SAC preaviso” no estaban exentas del IG en tanto que las “vacaciones no gozadas” y su “SAC” estaban alcanzados por dicha gabela al no ser una consecuencia directa de la ruptura del ligamen laboral y, a la par, este criterio fue plenamente compartido por la Sala V de la CNACAF en el citado fallo “Mouratian”²⁰¹ en consonancia con otros precedentes del fuero²⁰². Ambos fallos, en fin, acogieron la idea de mediar una sujeción fiscal.

En tercer término, la Sala II de la CNACAF, en la causa “Strazzolini Ronaldo Emilio C/EN-AFIP-DGI S/DGI” del 16.7.21 precisó que el concepto indemnizatorio denominado “gratificación por resultado” -y que fue cobrado por el trabajador de mutuo acuerdo con el empleador-, al ser consecuencia del distracto laboral e implicar la desaparición de la fuente productora de las sumas gravadas, configuró una hipótesis de no sujeción fiscal que no revestía la exigencia de periodicidad del IG²⁰³.

¹⁹⁹ De acá en más prietamente SAC.

²⁰⁰ Conf. CNACAF, Sala IV, causa “Cano Juan Carlos C/DGI S/Recurso directo de organismo externo” del 29.10.20, Expediente N° 58757/2019.

²⁰¹ Conf. CNACAF, Sala V, causa “Mouratian Lucía Mónica (TF 48182-I) C/DGI S/Recurso directo de organismo externo” del 15.7.21, Expediente N° 3061/2021.

²⁰² A tal fin, se recuerda que la Sala V de la CNACAF, en el antecedente “Turconi Horacio Antonio C/EN-AFIP-DGI S/DGI” del 29.6.17, Expediente N° 53248/2015, ya había precisado que los conceptos de “Preaviso” y “Sueldo Anual Complementario”, contenido en la liquidación final de la indemnización, no estaban exentos del Impuesto a las Ganancias. En igual sentido, ya se pronunció la Sala IV de la CNACAF, en autos “De Freitas Antonio Joaquín C/EN-AFIP-Período fiscal 2011 y otro S/DGI” del 8.3.16, Expediente N° 13647/2013.

²⁰³ Asimismo, se pone de manifiesto que el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 8, en esta causa, admitió, con fecha 19.11.20, el pedido de repetición del Impuesto a las Ganancias con relación a la indemnización laboral derivada de una gratificación por confidencialidad –identificada como compromiso de “confidencialidad”, “no realizar declaraciones” y “cooperación”- por carecer de la periodicidad y de la permanencia de la fuente a tenor del artículo 2°, inciso 1°, de la LIG.



Por último, se advierte, en términos impositivos y como pauta general, que la postura del TFN fue mucho más benévola para el contribuyente que la tesitura de la CNACAF.

Asimismo, el TFN, en sus decisiones, puso el acento en las particularidades propias de las relaciones jurídicas laborales mientras que la mayor parte de las Salas de la CNACAF, en sus pronunciamientos, se focalizó en si los diversos conceptos indemnizatorios estaban o no alcanzados por alguna exención del IG.

Lamentablemente, y por el momento, el Alto Tribunal todavía no abordó el tratamiento fiscal correspondiente a los reseñados conceptos ya debatidos.

2.d. Una cuarta etapa.

Este estadio va desde octubre de 2021 hasta la actualidad.

En tal caso, se trae a colación la Circular N° 4/2021²⁰⁴ del 14.10.21 emanada de la AFIP que determinó lo siguiente: 1) Las indemnizaciones o gratificaciones abonadas con motivo de la desvinculación laboral, a empleados que no se desempeñen en cargos directivos y ejecutivos de empresas públicas y privadas, en las condiciones de los artículos 180²⁰⁵ y 181²⁰⁶ del Decreto

²⁰⁴ B.O. 18.10.21, publicado en www.infoleg.gob.ar

²⁰⁵ Dicho artículo prevé que “*Quedan comprendidas en las previsiones del segundo párrafo del artículo 82 de la ley, las sumas que se generen con motivo de la desvinculación laboral de empleados que se desempeñen en cargos directivos y ejecutivos de empresas públicas y privadas que reúnan en forma concurrente las siguientes condiciones: a) hubieren ocupado o desempeñado efectivamente, en forma continua o discontinua, dentro de los DOCE (12) meses inmediatos anteriores a la fecha de la desvinculación, cargos en directorios, consejos, juntas, comisiones ejecutivas o de dirección, órganos societarios asimilables, o posiciones gerenciales que involucren la toma de decisiones o la ejecución de políticas y directivas adoptadas por los accionistas, socios u órganos antes mencionados; y b) cuya remuneración bruta mensual tomada como base para el cálculo de la indemnización prevista por la legislación laboral aplicable supere en al menos QUINCE (15) veces el Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente a la fecha de la desvinculación*”.

²⁰⁶ El mentado artículo establece que “*Las empresas públicas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 82 de la ley son las comprendidas en el inciso b) del artículo 8° de la Ley No 24.156 y sus modificaciones o en normas similares dictadas por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las municipalidades*”.



Reglamentario de la ley del tributo²⁰⁷, se encuentran al margen del objeto del gravamen y excluidas del régimen de retención establecido por la Resolución General N° 4.003 (AFIP), sus modificatorias y complementarias; 2) Las indemnizaciones o gratificaciones abonadas con motivo de la desvinculación laboral, a empleados que se desempeñen en cargos directivos y ejecutivos de empresas públicas y privadas, en las condiciones de los artículos 180 y 181 del DRLIG se encuentran gravadas por el tributo en el monto que exceda los importes indemnizatorios previstos en el artículo 245 de la LCT y sujetas al régimen retentivo mencionado en el punto precedente; y 3) Las sumas abonadas por el empleador en ocasión de la desvinculación laboral por conceptos devengados con motivo de la relación laboral (vacaciones no gozadas, sueldo anual complementario, bonificaciones convencionales, indemnización por preaviso, sueldos atrasados, entre otros) se encuentran alcanzadas por el gravamen y sometidas al régimen retentivo previsto por la Resolución General N° 4.003 (AFIP), sus modificatorias y complementarias, aunque el monto correspondiente a esos conceptos no sea identificado expresamente o se lo subsuma bajo otro rótulo.

3. Epílogo

1.- En el ámbito de esta temática, se infiere la importancia que revisten los tres institutos propios del derecho tributario sustantivo tales como la sujeción fiscal, la no sujeción tributaria y la exención.

2.- En el marco de este debate, se observa que la diferencia entre exención y no sujeción sólo tiene secuelas teóricas pero no así un impacto económico.

3.- El precitado fallo “De Lorenzo” consideró que el pago de la indemnización por embarazo, fruto de una ruptura laboral, configuraba una hipótesis de no sujeción tributaria²⁰⁸.

²⁰⁷ De acá en más simplemente el DRLPT.

²⁰⁸ Conf. Barbato, “Implicancias en el Impuesto a las Ganancias por el pago de diferentes conceptos incluidos en las indemnizaciones”, publicado en Cronista Comercial, Suplemento Fiscal y Previsional, del 10.7.13, pág. 1 y siguientes.



DECONOMI

4.- El referido precedente “Negri” también aportó claridad a la materia debatida al proyectar la doctrina “De Lorenzo” al pago de la “gratificación por cese laboral” motivada en la extinción de una relación laboral.

5.- Si se cotejan ambas decisiones de la CSJN, se aprecia que ésta mantuvo una coherente línea argumental.

6.- La reseñada situación, a partir de la reforma implementada por la Ley N° 27.430, originó un nuevo escenario fiscal en el IG para aquellos trabajadores que percibieran sumas indemnizatorias y que ejerciesen “cargos directivos y ejecutivos” en empresas públicas y/o privadas y esto despertó importantes críticas por parte de la doctrina.

7.- Hubo numerosos conceptos indemnizatorios que aún no fueron abordados por la CSJN observándose que el TFN adoptó un temperamento fiscal más benevolente que la CNACAF y esta situación provocó el dictado de una normativa interna de la autoridad recaudadora que, en la práctica, no es una derivación razonable de la normativa en juego ni de los principios rectores en materia tributaria.

8.-En sintonía con el punto precedente, será muy interesante conocer, en el futuro, la opinión del Alto Tribunal en conceptos que la AFIP considera gravados y que tienen un ligamen con la ruptura propia del vínculo laboral entre los trabajadores y sus empleadores.



“Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia”

por Sebastián J. Marturano

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Descripción del tema. 3) Lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. 4) Presunción de responsabilidad de los directores como cuerpo colegiado. 5) Falta de autorización expresa del directorio en violación al art. 271 de la LGS. 6) Prohibición de competencia del director. 7) Administración de hecho y socio oculto. 8) Extensión falencial al socio oculto en los términos de la LCQ: 160. 9) Derecho de Daños en el ámbito concursal 10) Responsabilidad de terceros en las quiebras. 10) Responsabilidad de terceros en las quiebras 11) El dolo en el art. 173 la ley 24.522. 12) Conclusión.

1. Introducción.

En el presente trabajo, se analizará la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas, ante los daños y perjuicios que la situación falencial pueda generar.

Dicho estudio se hará, básicamente, sobre la base de tres enfoques normativos. Por un lado, la Ley General de Sociedades, especialmente art. 276, 278 y ccdtes. que establecen la responsabilidad de los directores por mal desempeño de su cargo, teniendo en cuenta el standard de conducta previsto en el artículo 59 de la ley societaria; por otro, la Ley de Concursos y Quiebras -ley 24.522- que, a los fines de imputar responsabilidad, requiere el dolo del administrador como factor de atribución y, por último, el Código Civil y Comercial de la Nación que redefine la concepción de dolo e impone el deber de prevención del sujeto para responsabilizarlo.

2. Descripción del tema

Los art. 276 y 278 de la Ley 19.550 y el art. 173 de la ley concursal remiten a dos tipos de acciones diferentes, la segunda de ellas prevé la acción de responsabilidad típicamente concursal, en la cual el representante de la sociedad que con dolo o en infracción a normas indelegables hubiera producido,



DECONOMI

facilitado, permitido, agravado o prolongado la disminución de la situación patrimonial de la deudora o su insolvencia, debe indemnizar los perjuicios causados por este accionar; y, por otro lado, el artículo 175 del citado cuerpo normativo, determina la legitimación del síndico para el ejercicio de las acciones de responsabilidad previstas en la Ley 19.550, específicamente, la fijada en los artículos 276, 278 y ccdtes. de dicho ordenamiento, que establecen la responsabilidad de los directores por mal desempeño de su cargo, teniendo en cuenta el standard de conducta previsto en el artículo 59 de la ley societaria²⁰⁹.

La acción concursal de responsabilidad de los representantes prevista por la ley en su actual artículo 173 no modifica en su tipo legal los principios clásicos de la responsabilidad civil ni las directivas aplicables en materia de sociedades (art. 274 y ccdtes. ley 19.550), sin embargo, existe consenso doctrinal, en cuanto a que se trata de una acción propiamente concursal que, aunque no guarda una relación de necesaria inclusión con las acciones de responsabilidad previstas por la ley de sociedades (art. 59, 274, 276, 279, 297 y 298), es posible la deducción conjunta y acumulada de ambas, así como también es posible la acción separada y autónoma²¹⁰.

Por otro lado, el artículo 175 de la LCQ regula la llamada “acción social de responsabilidad”, que se orienta a exigir resarcimiento por la infracción de sus deberes, especialmente los previstos en los artículos 59 y 274 de la LGS, es decir que se tiende a reparar los daños causados a la sociedad con independencia de que pudieran guardar relación de causalidad, o no, con la cesación de pagos de la sociedad fallida.

No deben confundirse las acciones de responsabilidad societaria con las acciones concursales del art. 173 de la LCQ. Ello así por cuanto los bienes jurídicos tutelados son distintos. En el caso de la acción concursal es el interés de los acreedores el que está en juego, mientras que en la acción societaria es el interés de la sociedad fallida el comprometido. De ahí que no haya identidad

²⁰⁹ Verón, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada Anotada y Concordada*, Bs. As., Ed. Astrea, 1999, t IV, pág. 333.

²¹⁰ Fassi, Santiago; Gebhardt, Marcelo, *Concursos y quiebras*, Bs. As., Ed. Astrea, 2004, pág. 449; Alegría Héctor, “Estructura y principios orientadores de la ley de concursos”, *Revista de Ciencias Económicas*, 1973 pág. 68, Quintana Ferreyra, Francisco-Alberti, Edgardo Marcelo; *Concursos. Ley 19.551. Comentada, Anotada y Concordada*, Bs. As., Ed. Astrea, 1990, t III, pág. 24.



entre los elementos de ambas acciones, sino que existen diferencias en cuanto a los sujetos, el objeto y la causa.

Pero este dato no es menor, ya que, entre otras cuestiones, la extensión del resarcimiento, a diferencia de la acción propiamente concursal del art. 173, es que el pasivo falencial no constituye un límite para la responsabilidad, dado que la indemnización puede ser mayor a dicho pasivo²¹¹.

Estas disposiciones prevén, que los directores respondan ilimitada y solidariamente, hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio fijado por el artículo 59, así como por violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. De su lado, el artículo 59 establece que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Como puede observarse, el primer parámetro para juzgar la conducta de los directores en el cumplimiento de sus funciones, fijado por la ley de sociedades, es el de obrar con “lealtad” y con la diligencia de un “buen hombre de negocios”, expresión que la exposición de motivos trata de explicar consignando que el art. 59 se refiere a la diligencia que debe poner el administrador en el desempeño de su cometido, imponiéndosele la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren no sólo de su acción, sino también de su omisión, lo que fija un standard de conducta legal que permitirá al juez en el caso concreto establecer o desechar esa responsabilidad.

3. Lealtad y diligencia del buen hombre de negocios

Para Halperín, obrar con “lealtad” implica actuar a favor del interés social, en función del objeto y de la actividad social. La falta de lealtad resulta del simple conocimiento del carácter abusivo o fraudulento del hecho que se juzga, en la época que éste se concreta, sin adoptar las medidas necesarias para

²¹¹ Junyent Bas, “Acciones de responsabilidad en el proceso falencial”, JA, 1999-II-745, citado por Mirande Javier M. en Orquera, Juan Pablo – Raspal Miguel Ángel (Dir.), *El capital social*, Bs. As., Ed. Astrea, 2022, pág. 451.



DECONOMI

impedirlo. La noción de “buen hombre de negocios” importa una auténtica responsabilidad profesional (capacidad técnica, experiencia, conocimiento) que se evalúa teniendo en cuenta la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que le incumben como director y la específica que se le hubiere confiado, la circunstancia en que debió actuar y cómo cumplió su deber de diligencia²¹².

La lealtad requerida por la norma encuentra su fundamento en el deber de fidelidad del mandatario, aun cuando esa calificación, vigente al tiempo del artículo 346 del entonces Código de Comercio, aunque la doctrina fue evolucionando hacia el concepto de funcionario²¹³.

Frente a un sujeto de derecho con patrimonio propio, es necesaria la presencia de un administrador ya que sin él la persona jurídica no podría actuar. En los hechos, las facultades del administrador son más amplias que las del mero mandatario, ya que las requiere, por ejemplo, para cerrar negocios ordinarios al giro de la empresa, y en tal escenario, disponer de los bienes que son fabricados o comercializados por el ente²¹⁴. También el citado artículo 59 requiere del administrador que actúe con la diligencia de un buen hombre de negocios, pauta de conducta que la ley impone como deber legal para llevar adelante la gestión social de manera tal que quien deba juzgar a quien se le impute ineptitud en la conducción del ente, pueda contar con un modelo de comparación vinculado con el ejercicio del comercio²¹⁵.

Es evidente que la desaparición del activo y total carencia de contabilidad, constituyen un palmario incumplimiento al deber general de todo administrador de obrar conforme los principios del artículo 59 de la ley de sociedades. Cabe recordar que la citada norma requiere del administrador que obre “...con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Estándar de conducta que, en el caso los directores, deben cumplir al ejercer sus funciones. La desatención de estos principios ha llevado a la doctrina a calificar

²¹² Halperín Isaac, *Sociedades Anónimas*, Bs. As., Ed. De Palma, 1974, pág. 453.

²¹³ Otaegui, *ob. cit.*, pág. 128.

²¹⁴ Vanasco, C., *Sociedades Comerciales – Parte General*, Bs. As., Ed. Astrea, 2006, t. I, pág. 198

²¹⁵ Vanasco, C., *ob. cit.*, t. I, página 215.



DECONOMI

la actuación del infractor como de culpa grave cuando omite los cuidados más elementales²¹⁶.

Este desapego por la función no puede ser calificada como una mera negligencia, tanto más cuando no se intenta, cuanto menos, de justificar la ausencia de todo el activo social. Ello sólo puede ser calificado como un acto doloso o, en el mejor de los casos, como culpa grave, calidad que debe ser equiparada al dolo eventual²¹⁷.

Otro tanto puede darse en los supuestos de infracapitalización, tanto material, funcional o patrimonial, difícilmente los administradores ignoren esa circunstancia. No es concebible que un administrador eficiente no conozca la situación económico-financiera de la sociedad que administra, con lo cual, si continúa operando sin adoptar los remedios necesarios, incurrirá en responsabilidad por dolo. Aun si ignorase esa situación, no podrá invocar la culpa, pues es deber de todo administrador conocer el estado patrimonial del ente que administra²¹⁸.

En este sentido, se ha postulado también que el administrador que gestiona el patrimonio social sin planificación adecuada, no recurre oportunamente a la vía concursal o continúa con la actividades cuando la insolvencia está instalada, omitiendo poner la situación en manos de los socios, agravando, por ende, el panorama de la sociedad y sus acreedores, tiene un actuar doloso²¹⁹.

Por último, es menester señalar que la responsabilidad de los directores es personal, quienes deberán enfrentarla con su patrimonio particular, alcanzando a todos los administradores –directores o gerentes- y se extiende a los miembros del consejo de vigilancia e incluso a mandatarios y gestores²²⁰.

²¹⁶ Otaegui, J., *Administración societaria*, Bs. As., Ed. Ábaco, 1979, pág. 131.

²¹⁷ CNCom., Sala D, “Molinos Cerribal S.A. c/ Alprosil Trading S.A. y otros s/ extensión de quiebra”, del 07/12/21.

²¹⁸ Mirande, Javier M., “Capital Social. Infracapitalización”, en Orquera, Juan Pablo – Raspal Miguel Ángel (Dir.), *El capital social*, Bs. As., Ed. Astrea, 2022, pág. 446.

²¹⁹ Richard, Efraín, “El que daña repara –en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba” RDCO, n° 216, pág. 188; Boquin – Richard, “Responsabilidad de administradores sociales por no afrontar la crisis oportunamente”, ED, 234-408; citados en: Chomer, Héctor (dir.), *Concursos y quiebras*, Bs. As., Ed. Astrea, 2016, pág. 91.

²²⁰ Villegas, Carlos Gilberto, *Sociedades Comerciales*, t. II, Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 449.



4. Presunción de responsabilidad de los directores como cuerpo colegiado

La responsabilidad del directorio de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de administración. Ello, en tanto es función de cualquiera de los integrantes del órgano –aun cuando no se la indique expresamente– el control de la calidad de la gestión empresarial, función cuyo incumplimiento da lugar a una suerte de culpa in vigilando²²¹.

Sin perjuicio de ello, conviene tener presente que la ley de sociedades no responsabiliza al directorio por sus acuerdos en cuanto cuerpo colegiado, sino a los directores singularmente considerados, es decir, que la responsabilidad se opera por la participación que cada uno de los directores ha tenido en el acuerdo; si bien existe una presunción genérica de imputabilidad²²².

En ese sentido ha sido dicho que la solidaridad fijada por la ley de sociedades abarca sólo a los administradores culpables. La imputación genérica de culpa a los componentes del órgano en los supuestos de responsabilidad generada por actos del directorio, apunta a salvar el escollo que se le presentaría a un actor para demostrar la efectiva participación de cada director en el acto colegiado. Pero esto, en forma alguna empece a que, probados los supuestos de exención, el sujeto quede excluido²²³.

De lo hasta aquí expuesto se colige que el legislador ha partido del principio general de presuponer la responsabilidad de todos los directores que tomaron parte en la deliberación, o en la resolución o que la conocieron, a menos que hagan un inequívoco y ostensible acto de oposición.

Debe tenerse especialmente en cuenta que la actitud de los directores no puede ser meramente pasiva dado que no son una figura decorativa de la sociedad sino un órgano de esta y no existe la posibilidad de excluir su

²²¹ CNCom. Sala B, “Jinkus Gabruiel A. c/ Video Producciones Internaciones y otros s/ ordinario”, del 06.11.1996.

²²² Sasot Betes, Miguel - Sasot Miguel, *Sociedades Anónimas. El órgano de administración*, Bs. As., Ed. Ábaco, 1980, pág. 516.

²²³ Baigún David – Bergel, Salvador Darío, *El fraude en la administración societaria*, Bs. As. Ed. Depalma, 1988, pág. 113.



responsabilidad sin una actividad positiva al hacer constar su disidencia por escrito²²⁴.

Asimismo, es preciso recordar que nuestra jurisprudencia ha entendido que el hecho de que algunos directores no hayan concurrido a reuniones o se hayan despreocupado de la evolución de los negocios o de la verdadera situación de la empresa no puede servir como causal de exculpación, pues de otra forma se llegaría al absurdo de que la falta de ejercicio de facultades y deberes legales de los directores sería la forma de evitar responsabilidades y la sanción legal, lo que es imposible de admitir²²⁵.

5. Falta de autorización expresa del directorio en violación al art. 271 de la LGS

El art. 271 de la LGS sienta como principio la "prohibición de los directores de contratar con la sociedad".

La norma encuentra como sustento impedir la consumación de perjuicios para la sociedad y los accionistas, los que pueden surgir de un empleo abusivo del cargo por parte del director, traduciéndose en un beneficio indebido²²⁶.

Se ha sostenido que la aludida norma sienta como principio general la prohibición de los directores de contratar con la sociedad, estableciendo una regla que tiende a amparar a la sociedad y a los accionistas, al hacer efectivo el deber de lealtad del director y evitar los negocios particulares de éste con los bienes sociales, para prevenir desvíos peligrosos para la sociedad, causante de daños irreparables para ella en una estructura societaria compleja, que no admite un control inmediato de gestión de la administración²²⁷.

Los directores sí tienen permitido: a) celebrar contratos que sean de la actividad en que opere el ente y en las condiciones de mercado; y b) concertar

²²⁴ CNCom., Sala A, "Vilaltella y Valls S.A. s/ quiebra c/ Vilaltella, Carlos Alberto y otros s/ ordinario", del 17/08/22.

²²⁵ CNCom. Sala B, 30.10.1970, JA T10 P36.

²²⁶ Gagliardo, Mariano, *El Directorio en la Sociedad Anónima*, Bs. As., Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2007, pág. 94.

²²⁷ CNCom., Sala E, Rivadavia 5401 c/ López Lodeiro María T S/ Ordinario, del 26/04/06.



contratos que no reúnan los recaudos mencionados anteriormente, siempre que cuenten con aprobación previa del directorio o conformidad de la sindicatura ante la inexistencia de quórum. De estas operaciones debe darse cuenta a la asamblea y, valga resaltar, los contratos de la segunda especie que no se ajusten a los requisitos referidos y que no fuesen ratificados por la asamblea, son nulos²²⁸.

6. Prohibición de competencia del director

Es sabido que entre las consecuencias lógicas del deber de lealtad y fidelidad que se exige a todo administrador, está la prohibición de competencia. El fundamento se encuentra en el principio de la *affectio societatis*.

Cuando un director se comporta con deslealtad, lesiona este principio entendido como vocación para trabajar en común, y la recíproca confianza que debe existir²²⁹. La actividad en competencia introducida en la Ley General de Sociedades en el art. 133, luego replicado respecto a los administradores de las sociedades por acciones en el art. 273 LGS, requiere de un conflicto de intereses prolongado en el tiempo y no referido a un solo contrato o acto como en los arts. 271 y 272 LGS. El principio general está determinado por el objeto social (art. 11, inc. 3º LGS), y en consecuencia por la actividad que la sociedad realice. Por lo tanto, la actividad debe ser de tal índole que le pudiera permitir al socio o administrador que la información y los conocimientos adquiridos dentro de la sociedad, le puedan reportar beneficios al realizarlos compitiendo con la sociedad, obteniendo beneficios personales y generando daño a la sociedad²³⁰.

7. Administración de hecho y socio oculto

Cabe recordar que el administrador de hecho requiere que tenga una actuación como tal en forma personal y permanente, no ocasional. Y también que tal labor de administración sea tolerada activa o pasivamente por los

²²⁸ CNCom., Sala A, “Vilaltella y Valls S.A. y/ quiebra c/ Vilaltella Carlos Alberto y otros s/ ordinario”, del 17/08/22.

²²⁹ Halperín, Isaac, *Sociedades anónimas*, Bs. As., Ed. Depalma, 1974, pág. 441; Verón, Alberto V., *Reformas al régimen de sociedades comerciales*, Bs. As., Ed. La Ley, 2014, pág. 477.

²³⁰ CNCom., Sala D, “Benés, Arnaldo c/ Durán, Roberto y otros sobre ordinario”, del 12/04/22.



DECONOMI

integrantes formales de la sociedad, permitiendo que tal sujeto, carente de designación expresa, cumpla tareas en nombre y representación del ente²³¹.

También se ha sostenido que el administrador de hecho y controlante “externo” de una sociedad fallida, habilitaría la extensión de quiebra per se. Esto surgiría del art. 160, que, al referirse a los “...socios con responsabilidad ilimitada...”, deja en claro que el legitimado pasivo es solo el socio con ese tipo de responsabilidad, no el administrador -aunque hubiera sido “de hecho”-, ni el controlante externo, que son supuestos distintos, que generan responsabilidades también diversas. Así, el solo hecho de haber sido “administrador de hecho” no convierte al sujeto en “corresponsable ilimitado” por todo el pasivo social, ni le genera siquiera responsabilidad alguna de “tipo automático”, lo cual sucede porque administrar de hecho una sociedad no es, en sí misma, una actividad ilícita.

Esto último surge del art. 52 de la ley 27.349 y, aunque lo hace para la SAS, no hay razón para no aceptar que esa es también la solución para aplicar en el resto de los tipos societarios. Esa norma no prohíbe la administración de hecho, ni deriva de ella una responsabilidad distinta o autónoma de la que asume un administrador formal; y así se comprueba, además, a la luz de lo dispuesto en el art. 137 LGS cuando se ocupa de la responsabilidad del socio comanditario que violó la prohibición de administrar²³².

De allí que, si administrar de hecho una sociedad no es en sí misma una actividad ilícita, lo que no es posible es que, pese a haber hecho lo mismo pero sin título, el administrador respectivo se libere de la responsabilidad que la ley atribuye a los administradores “de derecho”. La causa de la responsabilidad de quien administra no es su designación formal²³³, sino del poder implícito en la gestión que se desarrolla, lo cual revela que, si ese poder se tiene, poco importa bajo qué título: el binomio poder-responsabilidad van juntos, de modo que, si el primero fue fácticamente ejercido aun sin título, la deficiencia que no obstó a tal

²³¹ Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comentada*, Bs. As., Ed. La Ley, 2011, t. I, pág. 872.

²³² Ragazzi, Guillermo, "La Sociedad por Acciones Simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", cita online: AR/DOC/3916/2017); Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael M. - Ragazzi, Guillermo E. - Rovira, Alfredo L., "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, vol. II, p. 75

²³³ Fargosi, Alejandro E. - Fargosi, Horacio P., "Nota sobre los directores de hecho", LL, 1987-E



desempeño efectivo, tampoco debe obstar a que el sujeto de que se trate cargue con las consecuencias de su obrar²³⁴.

8. Extensión falencial al socio oculto en los términos de la LCQ:

160

Como es sabido, la doctrina discute acerca de cuál es la responsabilidad ilimitada que determina la extensión falencial en los términos del art. 160, discusión que se plantea debido a que tal tipo de responsabilidad – ilimitada puede derivar no solo de la posición en la que voluntariamente se coloca quien asume la calidad de socio en una sociedad “por partes de interés”, sino también de la ley. En ese marco, una primera tesis sostiene que aquella extensión solo puede aplicarse a quienes asumen la aludida responsabilidad por vía contractual²³⁵.

Otros autores, en cambio, sostienen -bien que con diversas variantes que, además de esos socios devenidos corresponsables ilimitados por su propia voluntad, se encuentran también comprendidos aquellos que no tenían tal responsabilidad *ab initio* pero la adquieren con posterioridad²³⁶. No obstante, aun cuando se estimara que esta última es la posición correcta, hay cierta doctrina que encuentra del todo injustificado incluir dentro de la norma aludida a quien ha asumido la calidad de socio oculto de un accionista.

Esta figura, lleva implícita la existencia de un negocio simulado, que no puede ser analizado con prescindencia de las normas generales que rigen la simulación, pues no hay ninguna razón dogmática, específicamente derivada del derecho societario, que desplace la aplicación de ese régimen general, sino que, ocurre todo lo contrario. De tal régimen general resulta que la simulación solo es vedada por la ley cuando es ilícita. Así surgía del art. 957 del Código de Vélez, que expresamente establecía que dicha simulación “...no [era] reprobada por la ley cuando a nadie [perjudicaba] ni [tenía] un fin ilícito...”. Y también así surge del art. 334 del código actual, en el que se acepta que “...si el acto simulado

²³⁴ CNCom., Sala C, “Bonquim S.A. s/ quiebra c/Pausic Marcos y otro s/ ordinario”, del 09/06/22.

²³⁵ Maffia, Osvaldo, “Quiebra dependiente”, E.D. 71-611.

²³⁶ Quintana Ferreyra – Alberti, *Concursos, Ley 19.551*, Bs. As., Ed. Astrea, 1990, t. III, p. 11 y 19.



DECONOMI

encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero...”. De esa regulación resulta, entonces, una primera limitación, implícita pero inequívoca, al pretendido alcance general de la norma societaria que regula la situación del socio oculto. Me refiero al hecho de que, si tras ese ocultamiento no hubiera habido ningún negocio ilícito, estaríamos frente a un acto oculto pero válido, pleno en efectos y no susceptible de generar ninguna sanción para sus partícipes. A esa limitación se le agregan las que se imponen por aplicación del mismo ordenamiento societario, que nos permite sostener que el “socio oculto” contemplado en la ley, no es cualquier “socio oculto”²³⁷, sino que la mención incluye solo a aquellos que por esa vía se ocultaron para eludir la responsabilidad que hubieran debido asumir si no lo hubieran hecho.

La extensión de la responsabilidad al socio oculto no es, así, una sanción especial, sino la aplicación de los principios ordinarios que rigen la materia societaria, de los que resulta que la responsabilidad de los socios depende del tipo y que el ocultamiento, en sí mismo, no es tampoco es un hecho ilícito.

Esa posición encuentra, en el derecho general, el respaldo emblemático que le otorga el mandato sin representación, supuesto en el cual el interés es del mandante, pero, como no trasciende al mundo exterior, él no queda obligado frente a terceros (art. 1321 del CCyC); y, en el marco del derecho societario, se confirmaba con la admisión de la sociedad oculta implícita en la “sociedad accidental”, hoy regulada como contrato asociativo (art. 1448 del CCyC).

Aquella sociedad oculta y este contrato asociativo exhiben con claridad que nuestro legislador nunca ha sancionado el ocultamiento, por el ocultamiento mismo. Las razones que puedan llevar a una persona a no exhibir su participación en un negocio, en tanto no dañen a nadie, conciernen a su esfera privada en términos tales que el legislador no tiene interés en perseguir. No hay, por lo demás, ningún interés de los terceros, que, porque no son parte en el contrato oculto, les resulta aplicable el principio general según el cual los

²³⁷ Pliner, Adolfo, “Socios ocultos”, revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1962, pág. 233 y sgtes.



contratos solo tienen efecto relativo (art. 1195 del código derogado y arts. 1021 y 1022 del nuevo código).

No hay ese interés en los terceros porque, en supuestos de una SRL o SA, no contratan con una sociedad cuyos socios hubieran debido asumir responsabilidad solidaria e ilimitada, lo cual exhibe la injusticia que implicaría ampliar la nómina de sus obligados con base en ese contrato oculto que no los perjudica ni les ha generado ninguna expectativa.

La tutela del tráfico comercial no exige eso, sino al contrario: si, por razón de esa tutela, quien crea una apariencia se vuelve esclavo de ella y debe respetarla frente a terceros, no hay ningún interés de estos en que el legislador avance sobre los actos privados, ocultos e inocuos a su respeto, que quedan amparados por la garantía prevista en el art. 19 de la Constitución Nacional y, por ende, exentos de la autoridad de los magistrados²³⁸.

9. Derecho de Daños en el ámbito concursal

El Derecho de Daños se ve reflejado en el ámbito concursal -y más específicamente en la órbita del proceso de quiebra- a través de la regulación de ciertas acciones de recomposición patrimonial, con particularidades que le son propias.

En materia de quiebras, la teoría general de la responsabilidad tiene plena vigencia cuando la ley regula el procedimiento y las consecuencias que se siguen de la infracción a los deberes jurídicos por parte del fallido o sus administradores, representantes y demás personas -aun terceros- que han actuado en relación con el patrimonio cesante.

Un análisis global del modo en que la responsabilidad concursal es vista, desde la óptica del derecho falimentario, lleva a concluir que resulta compleja la integración del sistema reparatorio en su conjunto.

En efecto, no es sencilla la compatibilización con el sistema de responsabilidad contemplado desde la óptica del derecho civil, más allá de la indudable importancia de estructurar un ordenamiento jurídico congruente con

²³⁸ CNCom., Sala C, “Boquín S.A. s/ quiebra c/ Pausic Marcos y otro s/ ordinario”, del 09/06/22.



los principios de la teoría general de la responsabilidad. Y aquella dificultad se acentúa cuando se advierte que la regulación que la ley de quiebras imprime al ejercicio de las acciones de responsabilidad patrimonial adolece de algunas limitaciones, que desalientan la promoción de los reclamos resarcitorios propios del derecho concursal²³⁹.

Por otro lado, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo, en su art. 1710 y ss. el deber de prevención del daño, en particular impone adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

No obstante, en el ámbito de la ley de concursos y quiebras, en el caso de representantes y administradores del fallido que hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia ante la quiebra, la ley exige, para imputarle algún tipo de responsabilidad, el deber de acreditar un actuar doloso (arg. art. 173 de la LCQ); lo que importa verificar otro presupuesto necesario para llegar a obtener un resarcimiento por los daños generados.

Asimismo, el CCCN: 1724 contempla ahora al dolo como factor subjetivo de atribución, que se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

10. Responsabilidad de terceros en las quiebras

La responsabilidad de terceros nace a partir de la realidad de que otros sujetos intervienen en la actividad de la fallida, comprometiéndola patrimonialmente y causando su insolvencia. Tales terceros, podrán ser personas físicas que forman parte de órganos de personas de existencia ideal o quienes se desempeñen como representantes de una persona física o jurídica.

En estos casos, se desprende que la ley ha seleccionado el dolo, únicamente, como factor atributivo de responsabilidad a estos sujetos, lo cual recorta de manera notable el deber de responder del representante o del

²³⁹ Tévez, Alejandra N., “Responsabilidad por daños a la quiebra”, Bs. As., Doctrina Judicial, 2003-2, 146.



DECONOMI

administrador, que quedaría exento de reproche con consecuencias patrimoniales cuando el daño que irroge sea solo negligencia o culpa, por mucho que ellas sean graves.

Actualmente, el art. 173 LCQ citado, en su segundo párrafo, establece que quienes de cualquier forma hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, los que no pueden reclamar ningún derecho en el concurso.

Cuando esta norma utiliza el vocablo “producir”, nos da una idea de autoría directa, es decir, crear u ocasionar la disminución patrimonial o la insolvencia. En cambio, “facilitar” significa complicidad, esto es, proporcionar los medios para llegar a la insolvencia o a la disminución del patrimonio; “permitir”, por el contrario, significa una situación pasiva, es decir, tolerar, dar libertad de hacer, no obstante estar en condiciones de evitar los actos en perjuicio de los acreedores; mientras que “agravar” puede significar tanto autoría como complicidad, pues implica aumentar la disminución patrimonial o la insolvencia ya existente²⁴⁰.

Al respecto, se ha sostenido que “el nexo de causalidad debe derivarse de la vinculación que se haya producido entre la conducta dolosa de los involucrados y la causación del perjuicio, perjuicio que debe consistir específicamente en la disminución de la responsabilidad patrimonial o producción de la insolvencia a través de la disminución del activo o exageración del pasivo”²⁴¹.

En esta línea, se ha expresado también que “para que este tipo de acción de responsabilidad resulte jurídicamente viable, la conducta cuestionada debe necesariamente haber estado orientada a la alteración de la real situación patrimonial del fallido mediante conductas que impliquen la disminución del activo o la exageración del pasivo falimentario, lo que presupone la existencia de

²⁴⁰ CNCom., Sala A, “Compañía Financiera del Plata s/ quiebra c/ Carlino, Reynaldo y otros s/ ordinario”, del 14.05.2009.

²⁴¹ Roitman, Horacio, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, N°11, pág. 47.



DECONOMI

un propósito deliberado enderezado a ese fin. Dicho de otro modo, se requiere inequívocamente el dolo como elemento subjetivo insoslayable para la configuración de la responsabilidad²⁴².

Asimismo, se ha dicho que “la directriz no está en la vinculación con el deudor, sino en la acción: participar en actos tendientes a disminuir la responsabilidad del deudor, el alcance de la legitimación pasiva es general y amplia, pues ya no interesa haber actuado por el deudor, sino que basta la participación por cualquier forma en actos dolosos que hayan disminuido el activo o exagerado el pasivo para que pueda imputarse la responsabilidad”.

Tras lo anterior, únicamente se encontrarían reunidos los elementos materiales previstos por aplicación del primer párrafo del art. 173 LCQ, siempre que el obrar -o la omisión- del representante o administrador haya “producido”, “facilitado”, “permitido” o “agravado” dolosamente el estado de insolvencia de la sociedad fallida, ocasionando un evidente perjuicio a los acreedores de la misma, en atención a que no pudieron ver satisfechas sus acreencias.

Por otro lado, como ya se señaló, los administradores de una sociedad tienen un modelo de actuación presidido por el deber de lealtad y la necesidad de obrar como un "buen hombre de negocios" en el desempeño de su cometido, lo cual surge con claridad del ya referido art. 59 de la ley 19.550.

Por ello, quienes infrinjan esas cualidades, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los daños que ocasionen. El principio general puede expresarse en el sentido de que la ley contempla los motivos por los cuales los administradores sociales pueden incurrir en responsabilidad y —en tal caso— exponer su propio patrimonio para responder ante accionistas y ante acreedores de la sociedad por actos contrarios a la ley, el estatuto o realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, corolario que se proyecta obviamente en el caso de quiebra.

El estatuto concursal sancionado en 1995, suprimió las referencias a la hipótesis de culpa que contenía la ley 19.551 en la materia, sobre la base de

²⁴² CNCom., Sala A, “Ponce Nuri, Juana s/ quiebra c/ Ojeda, Alejandro Fidel s/ ordinario”, del 12.03.2008.



que tal factor de atribución de responsabilidad generaba inseguridad en las transacciones.

Mas la sanción del Código Civil y Comercial, vino en auxilio de una interpretación más amplia, desde cuya base es posible afirmar que la buena fe se agota si, a pesar de las reglas objetivas de la ley, un acto perjudicial para el patrimonio de la sociedad igualmente se lleva a cabo; si el administrador razonablemente se pudo representar como resultado el demérito que su acción podía generar, su situación empieza a encuadrar en el dolo eventual, que de ningún modo descarta la referencia al dolo, a secas, del art. 173 considerado.

11. El dolo en el art. 173 la ley 24.522

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se abren ciertos interrogantes en cuanto a la determinación del dolo. El art. 1724, del citado plexo normativo, establece que quien realiza un daño “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, ampliando la posibilidades de configuración del factor de atribución del dolo, no sólo a través del dolo directo, -el antiguo Código Civil sólo contemplaba en los arts. 506 y 1072 el dolo directo o delictual-, sino también ampliándolo al dolo eventual o indirecto, es decir, a esos casos donde quien comete el daño no tiene la voluntad de dañar, pero no descarta que dicho daño se produzca y, a pesar de ello, continúa adelante²⁴³.

Es evidente, que la doctrina pugna por establecer principios enderezados a conceder seriedad a los procesos concursales y actuar con severidad frente a la desaprensión de administradores empresarios; más sin perder de vista que tampoco puede actuarse con excesiva severidad en casos donde no se visualice con nitidez el abandono adrede de los modelos de administración y la posible —y despreciada— premonición sobre sus resultados dañosos para el patrimonio del ente²⁴⁴.

²⁴³ Hermmann, Marcos P., “Acciones de responsabilidad”, Revista Argentina Derecho de la Empresa, Universidad Austral, recuperado el 27/9/22 en <https://rii.austral.edu.ar/handle/123456789/1265>

²⁴⁴ Gebhardt, Marcelo, “La quiebra de la sociedad y las responsabilidades derivadas de sus vínculos orgánicos”, DECONOMI. Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial”, Facultad de Derecho, UBA, año I, n° 2.



DECONOMI

De allí que, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, la doctrina no le parece dudoso que el dolo eventual o la culpa con representación (como dirían los penalistas) es una base de indudable aplicación de las reglas de responsabilidad cuando se interpreta el citado art. 173 de la LCQ²⁴⁵.

En la anterior redacción a la ley 24.522, el hoy artículo 173 preveía como factor de atribución tanto el dolo como la “infracción a normas inderogables” mención que fue interpretada por la jurisprudencia como una hipótesis de culpa²⁴⁶. Así el marco de imputación se expandió sensiblemente brindando mayor utilidad a esta acción. Sin embargo, la reforma dispuesta por la ley 24.522 sólo dejó subsistente como factor de atribución a la conducta dolosa lo cual limitó notablemente el alcance de esta acción al punto de volverla ineficiente.

Sin perjuicio de la procedencia de la acción societaria de responsabilidad que fue presentada como una solución alternativa a la concursal, cabe destacar que la doctrina ha flexibilizado aquel concepto rígido de dolo mediante interpretaciones que admiten como factor de atribución tanto el dolo eventual, como la asimilación de aquel concepto con el de culpa grave²⁴⁷.

El art. 1724 del Código Civil y Comercial engloba el dolo eventual dentro de la definición del dolo y con eso la responsabilidad concursal permite quedar mucho más cerca de la culpa, cuando se actúa "con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos", como concluye textualmente la norma referida e, incluso, como lo había perfilado la jurisprudencia que refiere puntualmente Graziábile, quien añade que "frente a este panorama, podrán configurarse los presupuestos de la acción, aplicando el *factor de atribución subjetivo mínimo* cual es el dolo eventual, para atacar situaciones de vaciamiento empresario, pérdida de capital social, pérdida de libros sociales o irregularidades en la contabilidad"²⁴⁸.

²⁴⁵ Truffat, Daniel E., *El impacto del nuevo Código Civil y Comercial unificado en el derecho concursal*, Bs. As., Ed. D&D, 2015, pág. 239.

²⁴⁶ CNCom., Sala D, “Phonotone Co. S.R.L. s/ quiebra s/ responsabilidad”, del 10.9.1992.

²⁴⁷ Heredia Pablo, “El dolo como factor de atribución de la responsabilidad concursal”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario – Insolvencia – II*, 2019-3, pág. 376; Gagliardo M., *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2011, pág. 562

²⁴⁸ Graziábile, Darío J., *Instituciones de derecho concursal*, Bs. As., Ed. La Ley, 2018, t. V, pág. 253.



De allí, que el nuevo código haya ampliado el concepto de dolo que en vigencia del anterior sólo permitía calificar el previsto en la LCQ 173 como el dolo delictual previsto en el artículo 1072. El nuevo ordenamiento prevé tanto el dolo directo, esto es cuando se produce el daño de manera intencional, como el eventual que se concreta cuando el daño es producido cuando se actúa “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. Así puede ocurrir que el agente no tiene intención de dañar, pero a pesar de representar el resultado como posible, actúa igual²⁴⁹. A efectos de sortear una eventual inconstitucionalidad de la norma falencial, se propicia equiparar el dolo a la culpa grave siendo esta la que se presenta cuando los negocios no son manejados con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios. Así se sostiene que la mala intención y la temeraria desconsideración se cruzan provocando el mismo resultado²⁵⁰.

Así se recuerda que alguna jurisprudencia calificó como conducta dolosa del administrador que incumple sus deberes funcionales²⁵¹, como la doctrina ha hecho lo propio con la inexplicada desaparición de los bienes administrados que, entiende, genera una presunción iuris tantum de dolo²⁵².

12. Conclusión

La entrada en vigencia del CCCN permitió dar mayor claridad a la responsabilidad de los administradores tanto desde un punto de vista societario como concursal; especialmente, teniendo en cuenta el standard de conducta previsto en el artículo 59 de la ley 19.550.

A su vez, la nueva concepción del dolo, le dará cierto impulso en la práctica y revitalizará este instituto, ayudando a que los síndicos y/o quienes se encuentre legitimados se animen a utilizarla²⁵³.

²⁴⁹ Heredia P., *ob. cit.*, pág. 360/361.

²⁵⁰ Heredia P. obra citada, página 378

²⁵¹ CNCom. Sala D, “Cresaltex S.R.L. s/ quiebra s/ acción de responsabilidad”, del 21.4.2010.

²⁵² Boquín G., Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer) en La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos, publicada por el Instituto Argentino de Derecho Comercial, página 253 y sgtes.

²⁵³ Hermmann Marcos P., Acciones de responsabilidad, Revista Argentina Derecho de la Empresa, Universidad Austral, recuperado el 27/9/22 en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1265>



DECONOMI

De este modo, se compatibiliza el sistema de responsabilidad concursal con el contemplado desde la óptica del derecho civil, lo que da coherencia a nuestro ordenamiento, y estos, a su vez, con la Constitución Nacional, lo que resulta ser una lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, conforme con el cual, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del estado democrático de derecho²⁵⁴.

²⁵⁴ Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Aspectos constitucionales del proyecto de código civil y comercial”, Revista Jurídica La Ley, t. 2014-B, p. 913.



DECONOMI

“EVOLUCIÓN Y SISTEMA DE LA SOCIEDAD COTIZADA EN EL DERECHO ESPAÑOL”

por Jesús Quijano González²⁵⁵

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. LA SOCIEDAD COTIZADA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

2.1. Antecedentes: la materia refundida (Ley de Sociedades Anónimas y Ley del Mercado de Valores)

2.2. El régimen resultante en la Ley de Sociedades de Capital.

2.3. Las reformas posteriores: en especial las de 2011 y 2014.

3. LA SOCIEDAD COTIZADA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

3.1. Planteamiento.

3.2. Las especialidades en materia de acciones y obligaciones.

3.3. Las especialidades en materia de órganos:

3.3.1. La junta general.

3.3.2. El consejo de administración

3.4. Otras especialidades: pactos parasociales; aumento y reducción de capital; información societaria.

4. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad cotizada en el Derecho societario español ha seguido, con relativa fidelidad, un itinerario en el que, de forma paralela, se han ido encontrando y entrelazando tanto la progresiva configuración de su

²⁵⁵ Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid



DECONOMI

régimen jurídico, como la relevancia sistemática que se iba concediendo a la figura, por referencia al tronco común de la sociedad anónima. Ese contraste entre su concepción como una sociedad anónima con especialidades, o como una sociedad distinta, o un tipo propio, resultante de una singular mutación de la sociedad anónima común, ha constituido el hilo conductor de tal evolución, que es viene vidente en la sucesión de fases que ha seguido la construcción de su régimen jurídico en nuestro Derecho.

En efecto, en una fase inicial, que hoy podemos considerar ya sólo como antecedente de la situación actual en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), el régimen de la sociedad cotizada no iba más allá de un conjunto de reglas especiales dispersas, dentro de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (LSA). Hasta que aquel peculiar Título X, incorporado en la Ley del Mercado de Valores (LMV) en 2003, no agrupó algunos preceptos procedentes de las recomendaciones de buen gobierno de la época (Código Olivencia, de 1998, y, especialmente a estos efectos por la influencia inmediata y directa en aquella reforma legislativa, Código Aldama, de 2003), la sociedad cotizada no había dispuesto de un espacio sistemático propio, capaz de dar cuenta de su creciente dimensión particular, o del progresivo grado de diferenciación que iba experimentando respecto del régimen general de la sociedad anónima.

La LSC, que se nutrió en la refundición de las dos leyes que regulaban separadamente los dos tipos de sociedades de capital, pero también del citado Título X de la LMV, vino a consolidar una opción sistemática razonablemente adecuada al estado de la sociedad cotizada en ese momento, en el que podía considerarse como una variante ya notablemente especial respecto de la sociedad anónima; algo más que un subtipo con especialidades, pero quizá todavía no un tipo claramente distinto, que mereciera incluso una legislación propia y separada. Todavía en esa misma dirección, pero con la nueva perspectiva que deriva de la integración del conjunto del Derecho societario en un cuerpo normativo más amplio, el Anteproyecto de Código Mercantil (ACM), de 2013, avanzó algún paso más en la línea de la diferenciación, aproximando el régimen de la sociedad cotizada al de un tipo propio, con elevado grado de autonomía material y sistemática. De nuevo podría



DECONOMI

afirmarse que estas opciones de ubicación y ordenación de la sociedad cotizada, tanto en la LSC como en el ACM, se correspondían con la evolución y estado de desarrollo de su régimen jurídico en esta fase, que ha venido a intensificarse por efecto de las importantes reformas que en 2014 afectaron al Título XIV de la LSC, donde está acogida la sociedad cotizada, con posterior repercusión en la nueva versión del ACM, elaborada en 2018 con el fin de mantener el paralelismo entre ambos textos.

Introducida así la evolución sistemática de la sociedad cotizada, procederá examinar con más detalle cada uno de los pasos que ha seguido el citado itinerario para comprobar sobre el terreno si el volumen de identidad que ha alcanzado la figura, tanto en el ámbito societario, como en el del mercado de valores, aconseja avanzar aún más, hasta reconocer a la sociedad cotizada un estatuto propio, correspondiente a un tipo autónomo, que ya no expresa simplemente las especialidades respecto del tipo de procedencia, la sociedad anónima, sino que ofrece características particulares, relacionadas con su función, con el ámbito en que actúa, con las peculiaridades organizativas que derivan de los intereses en juego y, en fin, con la singularidad estructural que necesita su propia complejidad. Cabría entonces proponer, como opción de llegada en esta evolución, la configuración de la sociedad cotizada como un tipo especial, y no sólo como una variante especializada de un tipo común más amplio, por más que en su régimen contenga un elevado volumen de normas que tienen, y mantienen, esa procedencia. Lo que sería independiente del hecho de que su ubicación formal se mantuviera integrada en un conjunto normativo común del Derecho societario, sea ley, código propio, o parte de un código mercantil general, sin descartar la opción, más remota, de que, mientras se conserve la estructura actual de la materia societaria, todavía con cierta dispersión, la sociedad cotizada pudiera alojarse en un texto legislativo propio que expresara con más nitidez su creciente autonomía o su carácter de tipo diferenciado. Pero es obvio que tal punto de llegada requiere de un contraste y de una reflexión más continuada y profunda que la aquí se trata de suscitar, en un planteamiento inicial de la cuestión.



2. LA SOCIEDAD COTIZADA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

2.1. Antecedentes: la materia refundida (LSA y LMV)

En el momento de elaborarse el Texto Refundido de la LSC, atendiendo el mandato que había sido recogido en la Disposición Final séptima de la Ley de Modificaciones Estructurales, en 2009, el material jurídico relacionado con la sociedad cotizada procedía, como ya se indicó, de una doble fuente: de un lado, un conjunto de especialidades dispersas que la LSA entonces vigente (se trataba, a su vez, del Texto refundido de la LSA, de 1989, con reformas posteriores) había ido acogiendo y situando en los preceptos del régimen general en que operaban como excepción, matización, variante o regla de aplicación alternativa; de otro lado, en el singular Título X de la LMV, donde se habían agrupado unas cuantas reglas procedentes de, o impulsadas por, recomendaciones de buen gobierno corporativo, una vez que el Informe Aldama consideró necesario elevar al rango de normas jurídicas algunas de esas recomendaciones, lo que se hizo mediante la denominada Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, de 17 de julio de 2003, que, a la vez que añadía ese Título X en la LMV, también modificaba la LSA, introduciendo algunas normas de aplicación más propia en la sociedad cotizada, aunque se incorporaran al régimen general de la sociedad anónima en muchos casos.

El conjunto de especialidades que con el paso del tiempo se habían ido insertando en la LSA se corresponde bien con las que pasaron a integrar el Título XIV de la LSC en 2010, pues no en vano ésta debía acogerlas en cumplimiento del mandato de refundición. Así, por ejemplo, la representación de las acciones mediante anotaciones en cuenta, del artículo 60; el tratamiento del dividendo preferente en los artículos 50 y 91, éste para las acciones sin voto; las acciones rescatables de los artículos 92 bis y ter; el derecho de suscripción preferente en caso de usufructo de acciones en el artículo 70; el régimen de exclusión de tal derecho, especialmente en caso de delegación del aumento de capital en los administradores, etc., procedían de la LSA, aunque no todas estas reglas estaban en su texto original de 1989, sino que algunas habían sido incorporadas posteriormente en sucesivas reformas. La ya mencionada Ley de transparencia, de 2003, en concreto, introdujo en la LSA algunos cambios (en el



DECONOMI

voto o representación a distancia, de los artículos 105 y 106; en el derecho de información, del artículo 112; en los deberes de los administradores, en los artículos 127, bis, ter y quáter, con el especial despliegue de los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad) que, siendo de aplicación general, tenían especial sentido en la sociedad cotizada, fuera por expresa indicación del precepto, fuera por adecuación a su ámbito propio.

La otra fuente de material a refundir, con independencia de que su contenido y alcance fueran más bien parcos, era el Título X de la LMV (artículos 111 a 117 de aquel texto), de especial interés en la evolución normativa de la sociedad cotizada, pues significó la primera agrupación sistemática, bajo un rótulo expreso (“De las sociedades cotizadas”), de reglas jurídicas específicas para esta sociedad. Se abría el Título con una delimitación del ámbito de aplicación, utilizando un concepto simple de sociedad cotizada (“sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial de valores”) y añadiendo una indicación de régimen aplicable (lo previsto en el Título, como derecho especial, las disposiciones de las sociedades anónimas, como derecho supletorio general, y las demás normas que sean de aplicación en cada caso, como referencia implícita al derecho sectorial particular).

El resto del conjunto normativo, distribuido en capítulos, tenía por objeto, en primer lugar, someter los pactos parasociales, fueran de voto o de bloqueo, a un régimen de transparencia que incluía la comunicación a la CNMV, la publicación como hecho relevante y el depósito en el Registro Mercantil, con advertencia de ineficacia respecto del derecho de voto y de la transmisión mientras no se cumplieran tales medidas. Venían a continuación las especialidades en materia de órganos sociales: la obligación de disponer de un reglamento para la junta general y de otro para el consejo de administración, que debían ser comunicados a la CNMV e inscritos en el Registro Mercantil; la inclusión, dentro de un precepto rotulado como “deberes de los administradores”, de un particular deber de abstención en la junta general de administradores que hubieren obtenido la representación de acciones mediante solicitud pública y se encontraran en conflicto de interés respecto de los asuntos que se citaban (nombramiento, cese, ejercicio de acción social de responsabilidad y operaciones vinculadas, que, además, debían mencionarse en la memoria



anual), así como de un deber de no utilizar información privilegiada para realizar, o sugerir realizar, operaciones sobre valores de la propia sociedad. Finalmente, un aspecto entonces ciertamente novedoso se refería a la información societaria, donde se incluía el germen originario del informe anual de gobierno corporativo (el artículo 116, luego desarrollado en detalle, contenía ya la sistemática básica del informe, donde se distinguía la estructura de propiedad de la sociedad, la estructura de la administración, las operaciones vinculadas, los sistemas de control de riesgos, el funcionamiento de la junta general y el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento, en una inicial formulación del principio “cumple o explica”); además, y bajo una mención genérica a los instrumentos de información que las sociedades cotizadas debían disponer para cumplir las obligaciones exigidas de publicidad, se recogía ya la concreta necesidad de disponer de una página web, para atender al ejercicio del derecho de información de los socios y para difundir las informaciones relevantes cuando así se requiriera. Tal conjunto normativo, contemplado desde la perspectiva de lo que entonces suponía acoger esas reglas procedentes de recomendaciones de buen gobierno y en combinación con las que permanecían ubicadas como tales en los Códigos de la época, no era desdeñable como base para empezar a configurar un ámbito propio de la sociedad cotizada en aquel momento.

2.2. El régimen resultante en la LSC

El Texto Refundido de la LSC, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, acogió la materia objeto de refundición en un título propio, el Título XIV, expresamente dedicado a las “Sociedades Anónimas Cotizadas”. Si hasta ahora, como ya se indicó, las normas precedentes se encontraban dispersas, de un lado como especialidades incrustadas en el régimen general de la sociedad anónima en la LSA de 1989, y de otro, como el incipiente bloque incorporado en 2003 en el Título X de la LMV, el nuevo Título XIV de la LSC ofrecía una sistemática mucho más acorde con el grado de singularidad que la cotizada iba adquiriendo, tal como se expone sintéticamente a continuación.



DECONOMI

El artículo 495, que por sí mismo integraba un Capítulo I, de Disposiciones generales, recogía el concepto ya conocido de la sociedad cotizada (sociedad anónima cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores), tomado del artículo 111 de la LMV, con una única variación, pues se añadía ahora el término “secundario”, como precisión respecto del mercado de valores donde se producía la admisión a negociación de las acciones. Asimismo, el precepto acogía también la regla, de igual procedencia, sobre prelación de normas a aplicar, con la conocida prioridad de las especiales respecto de las comunes de la sociedad anónima.

A partir de ahí, comenzaba la primera experiencia de ordenación sistemática de las normas particulares de la cotizada, presentadas siempre como “especialidades” por materias, con un criterio ciertamente clásico, pues es el que ha orientado la disposición normativa de la sociedad anónima tradicionalmente.

Así, el Capítulo II agrupaba las reglas especiales en materia de acciones, comenzando por su necesaria representación en anotaciones en cuenta, tanto para acceder a la cotización, como para permanecer admitidas, regla que procedía de la propia LMV, a la que el artículo 60 de la LSA de 1989 se remitía sin más, y que se completaba con la amortización de pleno derecho de los títulos transformados en anotación en cuenta. A ello se había añadido, en términos inicialmente simples en el artículo 497, el derecho a conocer la identidad de los accionistas por parte de las sociedades emisoras, formulado como obligación de proporcionar los datos necesarios por parte de las entidades encargadas de llevar los registros de valores representados por medio de anotaciones en cuenta. Las demás reglas, ordenadas en Secciones dentro del Capítulo, se referían sucesivamente a las acciones con derecho a un dividendo preferente, de obligado reparto cuando hubiera dividendo distribuible, con aplicación del régimen previsto al respecto para las acciones sin voto; a las acciones rescatables, trayendo aquí lo que la LSA, tras la reforma experimentada en 1998, disponía en relación con la emisión y la amortización de estas acciones; y a las acciones sometidas a usufructo, en relación con el cálculo del valor de nuevas acciones suscritas a las que se extendiera el usufructo, o con la compensación a satisfacer cuando el usufructo se extinguiera, o no se extendiera a nuevas acciones por falta de suscripción del nudo propietario, ya que entonces



debería tomarse en cuenta el precio medio de cotización en los periodos establecidos.

El Capítulo III acogía las especialidades en materia de suscripción de acciones, cuestión ésta de mayor complejidad, pues el régimen general inicialmente establecido en la LSA de 1989 había experimentado notables modificaciones, en reformas de 1998 y 2002, sobre todo en lo referido a la exclusión del derecho de preferencia, y muy en particular en el caso de las sociedades cotizadas. De manera que lo que ahora hacían los artículos 503 a 508 de la LSC era ordenar esas reglas que ya venían dispuestas para la sociedad cotizada: así, el plazo mínimo para ejercer el derecho de suscripción (que el artículo 158 de la LSA tenía fijado en 15 días, al menos para las sociedades cotizadas); la distinción entre el régimen general y el especial de exclusión del derecho de preferencia, basada en la posibilidad de las sociedades cotizadas de emitir nuevas acciones a cualquier precio superior al valor neto patrimonial determinado por el auditor; la delegación en los administradores de la facultad de exclusión del derecho de suscripción preferente respecto de las nuevas acciones emitidas, cuando la junta general les hubiera delegado la facultad de aumentar el capital; la obligación de comunicar a la CNMV el fracaso total o parcial, por suscripción incompleta, de un aumento de capital en cuya verificación inicial hubiera intervenido; y, finalmente, la especialidad en cuanto a la cancelación de la inscripción de un aumento de capital por el transcurso de un año sin inscribir la escritura de ejecución del acuerdo, con la consiguiente restitución de las aportaciones realizadas.

El Capítulo IV, integrado por un único artículo sobre el límite máximo de la autocartera, se limitaba a recoger la especialidad del máximo del diez por ciento, procedente de la reforma de la LSA en 2009, a su vez motivada por la reforma de la Segunda Directiva comunitaria en esta materia. También el Capítulo V, referido a la emisión de obligaciones, declaraba inaplicable el límite máximo a la emisión, lo que ha perdido significado tras la reforma de 2015 en la materia, una vez que el artículo 401 sólo mantiene el límite para la sociedad limitada, y extendía la delegación en los administradores de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente, en caso de delegación de la emisión de obligaciones convertibles, como ya se hacía en la emisión de acciones, teniendo



DECONOMI

en cuenta que tal derecho había quedado reservado exclusivamente a los accionistas, conforme al artículo 416 y en virtud de la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2008, que había estimado incorrecto que tal derecho pudiera ser también ejercitado por obligacionistas de emisiones anteriores.

Los siguientes Capítulos VI y VII estaban dedicados a recoger las especialidades relativas a los órganos sociales, en aquel momento ciertamente limitadas si se comparan con lo que posteriormente ha ocurrido en esta materia. En efecto, a propósito de la junta general, se traían aquí las reglas que la LMV había incluido en el Título X: el carácter obligatorio del reglamento de la junta, aprobado por ella misma con el quorum legal ordinario, salvo que lo hubiera superior en los estatutos, y sometido a doble publicidad, por el Registro Mercantil y por la CNMV; y el deber de abstención de voto en la junta general de los administradores que hubieran formulado solicitud pública de representación, respecto de las acciones representadas y de los acuerdos en que estuvieran en conflicto de interés, con enumeración estuvieran o no en el orden del día, de un mínimo de casos (nombramiento, cese, acción social de responsabilidad y operaciones vinculadas). A estas especialidades referidas a la junta se había añadido en 2010, e incorporado directamente a la LSC, otra de elevada significación, como era la nulidad de las cláusulas estatutarias que limitaran el número máximo de votos a emitir por un mismo accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo, de manera que, si una sociedad anónima que tuviera tal cláusula en sus estatutos resultaba admitida a cotización posteriormente, debía eliminarla en el plazo de un año, teniéndose por no puesta a partir de entonces. Ocurrió, no obstante, que otra reforma de 2012, en sentido contrario, restableció la posibilidad de estas cláusulas limitativas, incluso para la actuación en forma concertada, si bien quedarían sin efecto tras una oferta pública de adquisición que alcanzara un porcentaje igual o superior al 70% del capital con derecho a voto, salvo que el oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado, siendo éste el régimen que permanece en la actualidad. Más simple era aún el ámbito de especialidad en la administración societaria en aquel momento, ya que solamente alcanzaba al carácter obligatorio del reglamento del consejo de administración y a la correspondiente publicidad de tal instrumento, pensado para complementar el



DECONOMI

régimen interno y de funcionamiento orgánico, dentro del marco legal y estatutario.

Por su parte, el Capítulo VIII incorporaba las reglas sobre pactos parasociales sujetos a publicidad, también procedentes de la LMV, donde se les definía por razón de su contenido (pactos sobre el ejercicio del derecho de voto en la junta general o que restrinjan o condicionen la libre transmisión de acciones, obligaciones convertibles o canjeables) y se sometía a la doble publicidad registral y como hecho relevante, tras la comunicación a la CNM, tanto su celebración, como su prórroga o modificación, quedando legitimado cualquier firmante para realizar las comunicaciones o el depósito exigido, teniendo en cuenta que, mientras no se efectuara tal publicidad, el pacto carecería de efectos en las materias indicadas; la regla se extendía también a pactos entre socios de una entidad que ejerciera el control sobre una sociedad cotizada, pero se reconocía también la posibilidad de excepcionar temporalmente la publicidad, total o parcial, mediante dispensa de la CNMV, cuando pudiera ocasionar un grave daño a la sociedad afectada.

Finalmente, el Capítulo IX agrupaba ahora toda la especialidad sobre la información societaria; tanto la que estaba más dispersa en la normativa societaria contable (así, cuando la sociedad estuviera admitida a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, la prohibición de formular cuentas abreviadas, el deber de información complementaria en la memoria, y la inclusión del informe de gobierno corporativo en el informe de gestión, si bien no se incluyó en el TR de la LSC el detalle sobre su estructura que sí estaba en el artículo 116 de la LMV), como otras peculiaridades diversas (así, la extensión del derecho de información, luego suprimida, a la que se hubiera facilitado a la CNMV desde que se celebró la anterior junta general, o la ampliación de instrumentos especiales de información, pues a la obligación de disponer de una página web, que ya estaba en el Título X de la LMV, se unía ahora la habilitación en ella del Foro Electrónico de Accionistas y la posibilidad de constituir Asociaciones específicas y voluntarias de accionistas, quedando su régimen remitido a un desarrollo reglamentario aún pendiente).



Como bien se aprecia por la observación en conjunto del régimen resultante de la refundición de la LSC en 2010, quedó en ella configurada una base de suficiente entidad para avanzar en su tipología diferenciada. El proceso posterior, con reformas y replanteamientos, tanto de contenido como de sistemática, confirma el sentido de esa evolución en los términos que se describen a continuación.

2.3. Las reformas posteriores: en especial, las de 2011 y 2014.

Con posterioridad a la refundición de 2010, la LSC ha sido objeto de importantes reformas de distinto origen. Unas veces se trataba de incorporar el contenido de Directivas comunitarias referidas a las sociedades cotizadas, estando pendientes de trasposición otras en el próximo futuro; otras veces era la propia evolución de las recomendaciones de buen gobierno lo que motivaba la traslación al texto legal de reglas contenidas en los Códigos, o auspiciadas en ese contexto del buen gobierno corporativo; otras, en fin, han tenido motivos más singulares, no exentos de interés, aunque en un nivel distinto al de las principales reformas.

Ejemplo de estas reformas más puntuales es la introducida por la Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011, en el artículo 497, sobre el derecho a conocer la identidad de los accionistas, precisando más su contenido y alcance; o también la introducida, en 2012, por la Ley de simplificación de obligaciones formales relativas a las modificaciones estructurales, que afectó al régimen de la página web, obligatoria en las sociedades cotizadas, con efectos importantes, entre otros, en la convocatoria de la junta general; o la más reciente, derivada de la Ley de 28 de diciembre de 2018, sobre información no financiera, que obliga a las sociedades cotizadas, como un aspecto del principio de igualdad de trato a los accionistas, a proporcionar el apoyo necesario a personas con discapacidad y personas mayores para que puedan ejercer los derechos de información y voto, y añade la descripción de la política de diversidad como nueva materia a incluir en el apartado de la estructura de la administración, dentro del informe anual de gobierno corporativo, en el artículo 540; o, en fin, el cambio producido en el



DECONOMI

artículo 505, sobre exclusión del derecho de suscripción preferente, donde la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, de 20 de julio de 2015, sustituyó “auditor” por “experto independiente” a propósito de la elaboración del informe sobre el valor patrimonial neto de las acciones.

Pero, sin duda, las de mayor calado son las reformas que tuvieron lugar en 2011 y 2014; la primera motivada por la incorporación de la Directiva de 2007, sobre ejercicio de derechos por los socios; la segunda, por ese objetivo de mejora del buen gobierno, relacionado con la propia evolución de las recomendaciones, a partir del llamado Código Unificado de Buen Gobierno, de 2006. Cada una de ellas merece una breve consideración.

La reforma operada por la **Ley de 1 de agosto de 2011** afectó principalmente el régimen de la junta general de la sociedad cotizada, en el que se añadió una Sección 2ª, bajo el título de “Funcionamiento de la junta general”, con tres Subsecciones (Disposiciones generales; Participación en la junta por medio de representante; Votación de acuerdos), que alcanzaban desde el artículo 514 al 527. Lo que ya estaba en el texto de 2010 (reglamento de la junta, derecho de voto de los administradores en caso de solicitud pública de representación; nulidad de las cláusulas limitativas del derecho de voto) permaneció, cambiando los correspondientes artículos de numeración; pero se añadió todo un conjunto de reglas que configuraban un régimen de la junta general de la sociedad cotizada, ya no tanto con especialidades por referencia al régimen general, sino más bien como un régimen propio, que se abría con la invocación de un principio de igualdad de trato que las sociedades cotizadas debían garantizar a todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo referido a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general.

Los aspectos que resultaban ser objeto de tal régimen propio eran, por este orden: en primer lugar, la convocatoria de la junta (plazo, publicidad, contenido del anuncio, con expresa referencia a la información a proporcionar a los accionistas) y la información a proporcionar (información previa a la junta a través de la página web, derecho de minoría a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo, ejercicio del derecho de información y participación a distancia), todo ello formando parte de las Disposiciones



DECONOMI

generales en materia de funcionamiento de la junta general; en segundo lugar, la participación en la junta por medio de representante, con reglas sobre la representación del accionista, concebida como un derecho no limitable, sobre el conflicto de interés del representante, con enumeración ejemplificativa de situaciones de potencial conflicto, y sobre las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes a los efectos del ejercicio del derecho de voto, que podría ser en forma divergente y que podría ser delegado en tercero delegado por el cliente; en tercer lugar, la votación de los acuerdos, donde se incluían las dos reglas ya establecidas con anterioridad (voto por administrador en caso de solicitud pública de representación y nulidad de cláusulas limitativas del voto) y se añadía otra más novedosa sobre la forma de establecer el resultado de la votación y su publicación en la página web de la sociedad.

Mayor impacto en el régimen de la sociedad cotizada tuvo la reforma introducida por la **Ley de 3 de diciembre de 2014**, para la mejora del gobierno corporativo. Esta reforma, en efecto, trasladó un conjunto de recomendaciones de buen gobierno al texto legal, convirtiéndolas, con discutible técnica, en normas a menudo imperativas, e insertándolas, en algunos casos en el régimen general de las sociedades de capital, tanto anónimas como limitadas, y en otros en el ámbito propio de las especialidades de la sociedad cotizada, de manera que éste quedó ampliamente afectado, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, además de la consecuencia indirecta que supuso la elaboración de un nuevo Código de Buen Gobierno en 2015, para sustituir al Código Unificado de 2006, vaciado en parte por la indicada técnica.

La primera manifestación de la reforma de 2014, de especial importancia por su alcance, consistió en establecer requisitos propios para ejercer derechos de minoría (tres por ciento del capital en vez del cinco por ciento general, y uno por mil para la legitimación para impugnar acuerdos sociales), así como reducir de un año a tres meses el plazo de impugnación de acuerdos que no sean contrarios al orden público. Asimismo, el derecho de la sociedad a conocer la identidad de sus accionistas se extendió también a las asociaciones de accionistas constituidas en la sociedad emisora que representen al menos el uno por ciento del capital, e incluso a socios que alcancen, individual o conjuntamente, al menos el tres por ciento, pero sólo a efectos de facilitar la



DECONOMI

comunicación entre accionistas para el ejercicio sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes, con advertencia de responsabilidad por daños y perjuicios en caso de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, y manteniendo la remisión a un desarrollo reglamentario que concrete los aspectos técnicos y formales, que en buena medida han sido ya armonizados por el Reglamento europeo de 3 de diciembre de 2018, para la ejecución de la Directiva de 2007 sobre ejercicio de derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas.

A partir de ahí, las principales reformas afectaron al régimen de los órganos sociales de la sociedad cotizada, teniendo en cuenta la finalidad de mejora del buen gobierno corporativo. En el caso de la junta general, destacan en primer lugar las dos novedades incorporadas: el listado de competencias adicionales de la junta, en el artículo 511 bis, complementario del listado general de materias reservadas en el artículo 160, y la fijación, en el artículo 521 bis, de un máximo de mil acciones como límite del número mínimo exigido en los estatutos para asistir a la junta. Las demás modificaciones afectaban a aspectos del régimen de la junta que ya tenían regulación: así, en el artículo 518, en cuanto a la información que debe publicar la página web de la sociedad desde el anuncio de la convocatoria hasta la celebración de la junta; en el 519, respecto del derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo, que se había introducido en 2011, donde ahora quedaba reducido al tres por ciento del capital el porcentaje para ejercer tal derecho de minoría; en el 520, para matizar algunos aspectos del ejercicio del derecho de información del accionista, principalmente cuando se tratara de información disponible en la página web; y, finalmente, en el 524, donde se eliminaron algunas equívocas referencias al ejercicio del voto en el contexto de las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes, manteniendo lo relativo a la delegación de la representación por el intermediario en los titulares indirectos o en terceros, sin límite del número de delegaciones, y a la posibilidad de fraccionar el voto y emitirlo de forma divergente por las entidades legitimadas como accionistas cuando reciban instrucciones de voto diferentes.

Mayor aún ha sido el impacto en las especialidades de la administración societaria: donde el texto anterior sólo recogía la necesidad de



DECONOMI

disponer de un reglamento del consejo y de darlo publicidad, se ha incluido ahora un régimen prácticamente completo del consejo de administración, canalizado a través del singular despliegue, de sobra conocido, desde el artículo 529 bis hasta el 529 novodecies. La materia incorporada comienza estableciendo el carácter necesario del consejo de administración, que debe velar por la observancia de criterios de diversidad en la selección de sus miembros (aspecto éste incluido luego, en 2018, por la Ley de información no financiera), para enumerar a continuación un amplio listado de competencias indelegables, que se añaden al listado, también amplio, del 249 bis, en el régimen general del consejo, lo que ha venido a configurar un “núcleo duro de supervisión” en la función de control y vigilancia del consejo, incidiendo así con fuerza en la tendencia dual que hoy también orienta los modelos tradicionalmente unitarios o monistas. Las especificaciones en cuanto al deber de asistencia y a la información de los consejeros concretan aquí aspectos fundamentales del deber general de diligencia previsto en el artículo 225; se perfilan las posiciones de los cargos unipersonales (presidente y secretario), con enumeración de funciones y con la novedosa previsión de un consejero coordinador cuando el presidente sea un consejero ejecutivo; se obliga a una evaluación anual del desempeño del consejo; se ordenan especialidades para el nombramiento y la reelección de consejeros; y se fija una duración del mandato por determinación estatutaria, con un máximo de cuatro años, y posibilidad de reelección , una o varias veces, por periodos de igual duración máxima. Pero, junto a esto, la más amplia atención se dedica a la composición y organización del consejo, con una detallada definición de las categorías de consejeros, distinguiendo los ejecutivos y el resto (dominicales, independientes, definidos éstos de manera especialmente particular, y otros externos, sin concretar en este caso), y una regulación de las comisiones internas del consejo, en las que se distingue un ámbito facultativo de comisiones voluntarias y otro obligatorio, integrado por las dos comisiones mínimas necesarias, la de auditoría y la de nombramientos y retribuciones, cuyos aspectos básicos de composición y funciones quedan establecidos en la propia ley, como mínimo normativo, sin perjuicio de la remisión a los estatutos de la sociedad y al reglamento del consejo. Finalmente, la última parte del bloque de preceptos en materia de administración societaria está dedicada a las



DECONOMI

especialidades en materia de retribuciones de los consejeros, partiendo del principio de que el cargo es necesariamente remunerado; frente a las conocidas divergencias que ha venido suscitando el asunto de la retribución en el régimen general de los administradores de las sociedades de capital, compuesto de elementos dispersos en los artículos 217 y siguientes y 249, en el ámbito de la sociedad cotizada es más nítida la distinción entre la remuneración de los consejeros en su condición de tal y la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, en ambos casos ajustadas a la política de remuneraciones, que debe atenerse al sistema previsto en los estatutos y aprobarse cada tres años por la junta general, salvo que, por rechazo del informe anual sobre remuneraciones, la política a aplicar para el siguiente ejercicio deba ser sometida a la junta con carácter previo aunque no hayan transcurrido los citados tres años.

Los restantes aspectos del régimen de la cotizada son los que procedían de la LSC de 2010, con las reformas ya señaladas que se introdujeron en 2011; así, las reglas sobre los pactos parasociales, y la llamada información societaria, que comprende las especialidades en las cuentas anuales, en la memoria y en el informe de gestión, además de los instrumentos especiales de información. Es precisamente en éstos donde se han introducido novedades por la reforma de 2014, con carácter general: así, en el contenido de la página web, donde se alberga el foro electrónico de accionistas; en los aspectos básicos de las asociaciones de accionistas; y, sobre todo, en la incorporación al texto legal de los dos informes anuales obligatorios, el de gobierno corporativo, en el artículo 540, con especial detalle, que recupera el precedente de la LMV, cuyo artículo 116 no pasó al TR de la LSC en 2010, quedando remitido en su estructura a las sucesivas Órdenes Ministeriales (actualmente, la de 20 de marzo de 2013), y el más novedoso, sobre remuneraciones de los consejeros, con información general y particular, también desarrollado por la misma Orden Ministerial.

Hasta aquí la evolución de la sociedad cotizada que conduce a la situación actual; a partir de aquí, lo que hay son sólo, y de momento, previsiones de futuro. La más particular, la que atañe a la eventualidad de que un nuevo texto codificado pueda ver la luz en algún momento, lo que situaría a la sociedad cotizada en un nuevo contexto sistemático, dentro de un ámbito general e



DECONOMI

integrado del Derecho de Sociedades. El precedente de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborado en 2002 en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, apuntó ya en esa misma dirección sistemática. La sociedad cotizada ocupaba un Libro diferenciado, el Libro III de aquella Propuesta, en el que se sucedían unas Disposiciones Generales, sobre ámbito de aplicación, admisión a cotización, capital mínimo, número mínimos de acciones y accionistas y concepto de minoría, con criterio decreciente, seguidas de especialidades en distintos aspectos (por este orden: pactos parasociales sujetos a publicidad, acciones y obligaciones, órganos sociales, aumento y reducción del capital, pérdida de la condición de sociedad cotizada). Más recientemente, la preparación del Anteproyecto de Código Mercantil (ACM) ha vuelto a ofrecer ocasión para el debate sobre la naturaleza de la sociedad cotizada y la sistemática más acorde con ella. El ACM fue elaborado teniendo presente tanto la Propuesta citada de 2002, como el TR de la LSC de 2010, y de ambas influencias surgió la versión inicial elaborada en 2013, también en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Con posterioridad, el ACM, en una segunda versión fechada en 2017, una vez dictaminado por el Consejo de Estado, ha recogido las reformas experimentadas hasta entonces por la LSC, en una tarea de actualización que se ha prolongado posteriormente cada vez que ha tenido lugar alguna nueva modificación del TR de la LSC y que, previsiblemente, tendrá continuidad a medida que se vayan incorporando las recientes Directivas que están pendientes de trasposición, especialmente en lo que afectan de manera particular a las sociedades cotizadas, como es el caso de la llamada Directiva de fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, aprobada ya en 2017, como reforma de la de derechos de socios de 2007, pues las demás (Directivas de digitalización de las sociedades, de operaciones transfronterizas y, en alguna medida, de reestructuración preventiva, todas ellas de 2019) tienen un alcance más general.

Convendrá, pues, ofrecer a continuación una panorámica sintetizada de la orientación del régimen de la sociedad cotizada en el ACM, como complemento útil de la reflexión sobre la evolución seguida por la figura, a partir de la perspectiva de futuro que eventualmente pueda plantearse. Se trata,



en suma, de un paso más en esa evolución, que, aunque no tenga el carácter de norma reguladora vigente, constituye un hito importante para la continuidad de la reflexión planteada.

3. LA SOCIEDAD COTIZADA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

3.1. Planteamiento.

El Título VIII del Libro II del ACM acoge la sociedad cotizada como un subtipo especializado de la sociedad anónima al que se ha pretendido reconocer una cierta autonomía que empieza por manifestarse en su propia ubicación sistemática, lo que se aprecia bien si se compara esta opción con la que se ha seguido en el caso de la sociedad anónima europea, anclada junto a la sociedad anónima en el Capítulo IV del Título III (“De las sociedades de capital”).

La propia Exposición de Motivos del ACM resulta sumamente reveladora al explicar con especial empeño esta orientación: su apartado 10 empieza reconociendo el “nivel creciente de identidad propia” de la sociedad cotizada, que hace discutible su consideración como mero subtipo o como variante de la sociedad anónima, para justificar luego el ámbito de regulación en el texto articulado, que se extiende a los aspectos societarios y estructurales de la figura y remite los que tienen relación con la actividad de la sociedad cotizada en el mercado a la legislación del mercado de valores o a la normativa sectorial de aplicación.

En la medida en que sea posible y más clarificador, es interesante enfocar el análisis combinando los criterios que orientaron la redacción inicial del ACM, de 2013, y su resultado articulado, con las modificaciones introducidas posteriormente, hasta llegar a la nueva versión de 2018, como antes se señaló, tomando como punto de partida el concepto de sociedad cotizada finalmente acogido (281-1): se trata de un concepto simple, extendido a sociedades anónimas y comanditarias, que pone el énfasis en la admisión a negociación de las acciones en un mercado secundario oficial de valores. De él ha desaparecido la referencia a la negociación en sistemas multilaterales debidamente



reconocidos, como también un conjunto de requisitos (capital social mínimo, desembolso íntegro y número mínimo de acciones) que cabe considerar más relacionados con la admisión a cotización, que exige acuerdo de la junta general, que con la configuración conceptual de la sociedad cotizada. También en el primer texto se incluía una regla de inaplicabilidad del régimen legal del derecho de separación en las sociedades cotizadas, consecuencia de que los accionistas no dispongan de tal derecho en estas sociedades, regla que no contiene el nuevo texto y que fue remitida como excepción a la regulación de la separación en las sociedades de capital.

El régimen jurídico, por su parte, queda construido a partir de la relación entre lo especial y lo general que corresponda al tipo, de manera que, en lo que no haya previsión expresa en el Título VIII, serán de aplicación las reglas de la sociedad anónima y las demás que proceda. Esto, no obstante, el artículo 281-2 selecciona ya las tres especialidades que se incorporaron a la LSC en la reforma de 2014 y que bien pudieran ubicarse en el lugar correspondiente: la reducción del 5 al 3% para ejercitar derechos de minoría en la sociedad cotizada; la exigencia del uno por mil del capital como requisito específico de legitimación para impugnar acuerdos sociales; la fijación de un plazo propio de tres meses como plazo de caducidad de la acción de impugnación. Por su parte, se recoge en ambos textos la regla de aplicación del régimen previsto a las sociedades que, no cotizando en el mercado español, lo hagan en un mercado organizado extranjero, con algunas distinciones y especialidades.

3.2 Las especialidades en materia de acciones y obligaciones.

El Capítulo II de este Título VIII agrupa un conjunto de especialidades, procedentes en su mayoría del derecho vigente, que afectan al régimen de las acciones, y en algún aspecto al de las obligaciones, en distintos aspectos. Es el caso, por ejemplo, de la necesaria representación de ambas mediante anotaciones en cuenta como requisito para acceder o permanecer admitidas a cotización, lo que supone la anulación de pleno derecho de los títulos en que anteriormente hubieran estado representadas. Ni las acciones, ni las obligaciones, pueden tener, por obvios motivos, restringida o condicionada la



DECONOMI

libre transmisibilidad en los estatutos, y si se adoptare acuerdo de modificación estatutaria para introducir cláusula limitativa, no producirá efecto mientras la sociedad tenga valores admitidos a cotización.

Aunque la cuestión tenga otro significado, está también incluido aquí el derecho de la sociedad emisora a conocer la identidad de sus accionistas, con el mismo alcance que finalmente ha adquirido en el artículo 497 de la LSC, tras la reforma de 2014, extendido, por tanto, a las asociaciones de accionistas que alcancen el 1% del capital y a los accionistas que, individual o conjuntamente, alcancen el 3% con el fin de facilitar la comunicación entre socios para ejercer derechos y defender intereses comunes, con advertencia de responsabilidad por daños y perjuicios por el uso abusivo o perjudicial de la información. Resulta curioso observar que, en la primera versión del ACM, el derecho se reconocía sin más a las a las asociaciones de accionistas constituidas en la sociedad emisora, sin otro requisito, mientras que no se reconocía a accionistas con participación significativa en el capital, lo que es prueba palpable de la adecuación del ACM a la reforma de la LSC de 2014. En todo caso, como ya se indicó, la trasposición pendiente de la Directiva de implicación de accionistas, aprobada en 2017, podrá afectar a algún aspecto del derecho a conocer la identidad de los accionistas, teniendo en cuenta que la Directiva sólo lo reconoce a la sociedad emisora, y no a asociaciones ni a accionistas, por lo que, si se modificara la LSC, tal modificación tendría también previsible efecto en el ACM.

Las demás especialidades que se recogen en este Capítulo hacen referencia a la obligación de la sociedad cotizada de acordar el reparto del dividendo preferente, cuando tenga emitidas acciones especiales que atribuyan este derecho y existan beneficios distribuibles, al régimen de las acciones rescatables, cuya emisión es privativa de estas sociedades, especialmente en lo que atañe a su amortización cuando se ejercite el derecho de rescate que puede corresponder a la sociedad, a los titulares o a ambos, al sistema de cálculo del valor de las acciones en usufructo, y al límite de acciones propias en autocartera, que seguirá siendo del 10% del capital social.

Al margen de estos aspectos, hay dos cuestiones que merecen especial consideración en esta materia: del texto revisado del ACM han desaparecido en este punto las “acciones privilegiadas sin voto”, que en los



textos previos se consideraron también privativas de la sociedad cotizada junto con las acciones rescatables, pero cuya emisión ha vuelto a ser finalmente una posibilidad generalizada a todas las sociedades de capital, incluidas las limitadas, por lo que han quedado integradas en las disposiciones comunes de éstas (Subsección 5ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título III de este Libro II, “De las participaciones y acciones sin voto”), tal como ocurre en la vigente LSC, cuyos artículos 98 a 103 regulan las participaciones y acciones sin voto indistintamente; también ha desaparecido la prohibición de cláusulas estatutarias de limitación del número máximo de votos en la sociedad cotizada, que el artículo 282-3 del primer ACM recogía, cuando ese era el estado legislativo en la cuestión, sustituido ahora por la regla permisiva del 233-42, de alcance general, con la especialidad en la cotizada de pérdida de eficacia de la limitación, o neutralización automática, cuando una OPA alcance el 70% o más del capital con derecho de voto, tal como resulta de los artículos 188,3 y 527 de la LSC actualmente.

3.3. Los órganos de la sociedad cotizada.

Los órganos de la sociedad cotizada son, como ya se ha podido apreciar en la LSC, especialmente tras la reforma de 2014, el ámbito donde se concentra mayor volumen de especialidad; es aquí donde las recomendaciones y normas, imperativas o dispositivas, de buen gobierno, han tenido mayor incidencia, una vez que el ACM de 2013 ha sido acomodado al estado actual de la LSC en esta materia. Se trata, por tanto, de exponer separadamente los aspectos relativos a la junta general y al consejo de administración, teniendo en cuenta que, en ambos casos y dada la sistemática del Libro Segundo del ACM, muchas de las cuestiones que integran el régimen jurídico de las sociedades cotizadas están tratadas en las disposiciones comunes de las sociedades de capital o en las propias de la sociedad anónima, que le son aplicables como normas supletorias, por lo que aquí sólo se consideran las que constituyen verdadera especialidad de la sociedad cotizada.

3.3.1. La junta general.



DECONOMI

Las peculiaridades de la junta general de la sociedad cotizada aparecen agrupadas en el ACM siguiendo el orden tradicional de su proceso de funcionamiento, que abarca desde la convocatoria hasta la adopción de acuerdos.

Aunque propiamente no se trate de un asunto de la convocatoria, sino de la propia configuración de la junta, la primera especialidad está referida a la competencia de este órgano, donde el artículo 283-1 enumera un conjunto de materias reservadas a las que califica de “competencias adicionales”, dando a entender así que deben añadirse a las que el artículo 231-52 le atribuye con carácter general a la junta de las sociedades de capital. Son la transferencia de actividades esenciales a entidades dependientes (entendiendo que lo son aquéllas cuyo volumen supere el 25% del total de activos del balance), las operaciones de efecto equivalente a la liquidación y la política de remuneraciones de los consejeros, materias en las que la junta dispondrá de competencia exclusiva y excluyente, en los términos legales en cada caso. A tal ampliación de materias reservadas a la competencia de la junta general se ha añadido, como también ocurre en la LSC, el principio de igualdad de trato a todos los accionistas que se encuentren en la misma posición, especialmente en relación con la información, la participación y el ejercicio del voto.

Las especialidades de la convocatoria propiamente dichas afectan principalmente a aspectos relacionados con la publicidad electrónica a través de la página web, obligatoria en las sociedades cotizadas, y con las nuevas formas de ejercicio a distancia de derechos de socio; así, junto a la especial regla sobre plazo y solicitud de convocatoria de junta general distinta a la anual, se regula la publicidad de la convocatoria, el contenido del anuncio y la información general que debe proporcionarse antes de la celebración de la junta.

Se regulan a continuación los dos derechos especiales reconocidos a la minoría que represente el tres por ciento del capital social, esto es, el de completar el orden del día con nuevos puntos y el presentar nuevas propuestas de acuerdo sobre asuntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día; también las especialidades en materia de derecho de información de los socios, que pueden pedir aclaraciones, antes de la junta por escrito y durante la junta oralmente, sobre la información accesible al público que la sociedad haya



DECONOMI

facilitado al organismo supervisor desde la anterior junta general, y que pueden ver remitida su solicitud a la información previa proporcionada en la página web de la sociedad con formato de pregunta-respuesta; y, asimismo, la prohibición de exigir en los estatutos más de mil acciones, con carácter general y cualquiera que sea el número de las emitidas, para asistir a la junta.

La cuestión que, sin duda, acumula mayor volumen de especialidad en relación con la junta de la sociedad cotizada es la de la participación en ella por medio de representante. Los principios básicos en la materia son la posibilidad de otorgar la representación a cualquier persona, sin que los estatutos puedan limitarla, y la de que un mismo representante pueda acumular la representación de más de un accionista, sin que quepa limitar el número. La representación puede formalizarse por escrito o por medios electrónicos y el accionista representado puede emitir instrucciones que vinculan al representante, debiendo éste conservarlas durante un año; pero si un mismo representante de varios accionistas ha recibido instrucciones distintas de cada uno puede emitir votos distintos o divergentes. Especial significación tiene la regulación del conflicto de interés del representante, con especificación de los supuestos en que se considera existente y del comportamiento a seguir por el representante afectado, todo lo cual complementa las previsiones generales en caso de conflicto de interés del propio socio (231-68). Por lo demás, el artículo 283-13 ha clarificado notablemente la problemática del ejercicio del voto en el ámbito de las relaciones entre intermediarios financieros y clientes, titulares directos o indirectos de las acciones. Se echa de menos, sin embargo, la omisión, previsiblemente por error material que debe ser corregido, de las reglas que ordenan la solicitud pública de representación (supuestos, legitimación, publicidad, documentación, gastos, etc.), que sí figuraban en el texto de la propuesta previa al ACM. Porque lo que sí se recupera, concretamente en el artículo 283-15, que en esa propuesta inicial del ACM quedó subsumido en un precepto más general sobre conflicto de intereses del representante, es la regla especial de ejercicio del voto por administrador que haya formulado solicitud pública de representación, y que supone que debe abstenerse de ejercerlo cuando se encuentre en conflicto de interés, en los casos ya indicados (nombramiento, cese, acción de responsabilidad y operaciones vinculadas),



salvo que haya recibido instrucciones de voto precisas del representado, regla que llegó al artículo 526 de la LSC procedente del 114 de la LMV, y que afecta a las acciones representadas, y no a las propias cuando el administrador sea accionista, ya que entonces juega el tratamiento propio de los llamados acuerdos posicionales.

Finalmente, se establece la publicidad íntegra de los acuerdos adoptados y del resultado de las votaciones en la página web de la sociedad y la obligación de disponer de un reglamento de la junta, con inscripción registral y máxima publicidad, que desarrolle la organización y funcionamiento del órgano con sujeción a la ley y a los estatutos. Otras cuestiones, como la necesidad de acta notarial o las especialidades en la legitimación para impugnar (de la minoría, de las asociaciones de accionistas que la alcancen, o del organismo supervisor), que formaban parte del régimen de la junta en textos anteriores, han desaparecido del ACM, previsiblemente por razones de adecuación tras la reforma de la LSC. Por lo mismo, las reglas básicas de las asociaciones de accionistas y del foro electrónico, que formaban parte del régimen especial de la junta general, han vuelto a trasladarse al ámbito de la información societaria, como instrumentos especiales de información, junto con la página web obligatoria.

3.3.2. El consejo de administración.

Al igual que sucede en la LSC, especialmente tras la reforma de 2014, la regulación del consejo de administración de la sociedad cotizada es, con mucho, la parte de este Título VIII que concentra mayor volumen de especialización, tanto en lo cuantitativo (la Sección 2ª del Capítulo III sobre los órganos sociales abarca desde el artículo 283-18 al artículo 283-46), como en lo cualitativo. La voluntad de incorporar al texto las recomendaciones de buen gobierno más consolidadas en la realidad de las sociedades cotizadas, tanto por seguimiento del Código Unificado de Buen Gobierno, como por previa acogida en normas imperativas en algunos casos, ha orientado especialmente este apartado, sobre el que ha tenido notable incidencia la citada reforma de la LSC,



DECONOMI

de manera que el tránsito de la primera a la segunda versión del ACM ha producido una notable transformación.

En la primera versión de 2013 el tratamiento del consejo de administración seguía con algunos cambios la pauta de la Propuesta de Código de Sociedades de 2002, con algún añadido procedente del Título X de la LMV: carácter necesario del consejo; número de miembros a fijar por los estatutos, pero entre cinco y quince; especialidades en el nombramiento (entre ellas la pertenencia a un máximo de tres consejos, y la posibilidad de fijar límites de permanencia y edad, las prohibiciones para ser miembro independiente, el informe previo para nombrar, y la mayoría cualificada para acordar la acumulación de cargos); especialidades en la retribución (con un límite del uno por ciento de los beneficios de la sociedad en el ejercicio, para la suma de todas las retribuciones variables del conjunto de los administradores); especialidades en el funcionamiento (con comisiones internas obligatorias, de auditoría y de nombramientos y retribuciones, más las voluntarias, y posibilidad de contratar expertos para el apoyo a los independientes); especialidades en los deberes (especial deber de información, prohibición de utilizar información privilegiada y control de operaciones vinculadas); y, finalmente, obligatoriedad y publicidad del reglamento del consejo.

En la nueva versión de 2018 el régimen del consejo ha experimentado notables cambios: también ahora el consejo aparece caracterizado como la única opción organizativa de la administración de la sociedad cotizada, pero a esta doble naturaleza de órgano necesario y obligatorio se añade un principio de diversidad (de experiencias, de conocimientos y, sobre todo, de género, proclamado de forma genérica a la espera del destino final de la propuesta de Directiva comunitaria en la materia).

La otra vertiente de su configuración lo sitúa claramente en la conocida tendencia del gobierno corporativo que distingue el nivel de dirección y gestión del nivel de supervisión y control, como principio orientador. A eso responde el listado de facultades indelegables que el artículo 283-19 añade a las que ya lo son en el régimen común de las sociedades de capital conforme al 231-99; si se observa con atención el alcance de estas facultades que el consejo de la sociedad cotizada debe ejercer en pleno, se encontrarán ahí las que



DECONOMI

principalmente atañen a la marcha general de la sociedad (el plan estratégico, la política de gestión de riesgos, la política de gobierno corporativo, la información financiera, la definición de la estructura de grupo, la aprobación de inversiones relevantes, la garantía de transparencia en la participación en otras entidades), a las que se añade la competencia de aprobación de operaciones especialmente sensibles como lo son las operaciones vinculadas de la sociedad con consejeros, accionistas significativos y sociedades del mismo grupo, con algunas excepciones tasadas, aunque también es cierto que se permiten en estas materias decisiones delegadas por razón de urgencia justificada y con rendición de cuentas inmediata.

A este perfil de órgano de supervisión contribuye sin duda la obligación de realizar una “evaluación anual del desempeño” (283-25), referida al funcionamiento del consejo y de sus comisiones, que deberá acompañarse de un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas.

Caracterizado así el consejo como órgano social, cabe distinguir dos grandes bloques de especialidades en su régimen jurídico: el relativo a su composición, organización y funcionamiento interno, y el relativo al estatuto personal de sus miembros. Todo ello teniendo en cuenta que, también aquí, muchas materias deben integrarse a partir de la normativa común de los administradores en las sociedades de capital y en la normativa propia de la sociedad anónima; lo que hace especialmente importante en la sociedad cotizada la obligada disposición de un reglamento del consejo, sometido a la debida publicidad, con que los artículos 283-45 y 283-46 cierran esta Sección 2ª.

La composición del consejo acoge, convertida en normas jurídicas generalmente imperativas, sin perjuicio de algunos aspectos dispositivos, la orientación habitual de las recomendaciones de buen gobierno, tanto en la tipología de consejeros, como en la constitución de comisiones internas delegadas.

Las categorías de consejeros reflejan legalmente la conocida distinción entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos, y dentro de éstos, que se definen en general por exclusión (“los restantes consejeros”, dice el artículo 283-30, aludiendo a los que no son ejecutivos), los dominicales, los independientes



DECONOMI

y otros consejeros externos. Todas las categorías disponen de una definición bastante precisa, pero destaca, por razones obvias, el detalle con que se enumeran las condiciones negativas (incompatibilidades del artículo 283-33) para ser consejero independiente, en las que se han seguido las orientaciones de la Recomendación comunitaria que ya habían sido acogidas en el Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 y en el artículo 529 duodecimos de la LSC.

La constitución de comisiones especializadas sigue un principio dispositivo que permite al consejo establecerlas, definir sus funciones y su composición, y designar a sus miembros con amplia libertad, aunque nada impide que los estatutos de la sociedad o el reglamento interno del propio consejo predeterminen su existencia y su configuración. Hay, no obstante, dos comisiones que, siguiendo precedentes ya consolidados en la legislación y en la práctica societaria, adquieren carácter obligatorio: la comisión de auditoría y la comisión de nombramientos y retribuciones, que podría a su vez desdoblarse en dos comisiones diferenciadas. Para cada una de estas comisiones se establece una composición parcialmente obligatoria (el número de sus miembros no está cerrado, pero todos deben ser consejeros no ejecutivos y dos, al menos, consejeros independientes, de entre los que se elige al presidente) y un listado mínimo de funciones, que pueden ser ampliadas en los estatutos o en el reglamento interno del consejo.

Las especialidades en el estatuto personal de los consejeros alcanza aspectos ciertamente diversos; así, el nombramiento (por la junta o por cooptación especial, pero no por representación proporcional ni en condición de suplente, y mediante propuesta previa de la comisión, tanto en el nombramiento inicial como en la reelección); la duración del cargo (reducida a cuatro años, o menor estatutaria, con posibilidad de reelección por uno o varios periodos de igual duración máxima); la inscripción registral del nombramiento (con indicación expresa, y vinculante para el registrador, de la categoría, y sin que la incorrección afecte a la validez de los acuerdos); los deberes de los consejeros (con mención especial al deber de asistencia personal y a la posibilidad de representación por otro consejero, así como a las condiciones en que debe ser proporcionada la información, que permitan al consejero ejercer el derecho-deber individual en este aspecto).



DECONOMI

Mención especial merecen dos aspectos relacionados con el estatuto personal: de un lado, la novedad en cuanto al estatuto personal de cargos unipersonales (presidente y secretario del consejo); de otro lado, las particularidades en cuanto al régimen de la retribución de los consejeros.

El presidente, elegido por el consejo de entre sus miembros previo informe de la comisión de nombramientos, es considerado en el artículo 283-21 como “máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo”, con funciones básicas definidas (convocar y presidir las reuniones, presidir la junta general, salvo disposición estatutaria en contra, velar por la información que deben recibir los consejeros, y estimular su participación activa, con salvaguarda de su libertad de posición). También salvo disposición estatutaria en contra, el cargo puede recaer en un consejero ejecutivo, necesitando entonces mayoría cualificada; pero cuando eso ocurra el consejo habrá de nombrar, de entre los consejeros independientes y sin participación de los ejecutivos, un consejero coordinador, con funciones particulares de contrapeso dirigidas a conseguir un cierto equilibrio en el funcionamiento del órgano, aunque no alcanza el nivel que tendría un vicepresidente reforzado. El secretario, por su parte, puede o no ser consejero, y tanto su nombramiento como sus funciones guardan paralelismo formal con lo que acaba de indicarse. En cada caso, se hace igualmente previsión de la posibilidad de nombrar uno o varios vicepresidentes o vicesecretarios.

La retribución de los consejeros de la sociedad cotizada reviste notable especialidad y ha experimentado cambios muy significativos en el proceso de elaboración del ACM, como también en el régimen general previsto para las sociedades de capital, y particularmente para las anónimas, que es donde están las reglas comunes de aplicación supletoria en la cotizada, todo ello relacionado con las novedades incorporadas en la LSC tras la reforma de 2014 la LSC a las que se ha adecuado el ACM. En efecto, es en los artículos 231-85 y siguientes donde se establecen los sistemas de retribución fija y variable, los criterios generales de fijación, los límites, la competencia de la junta para determinar el importe máximo anual y del consejo para distribuirlo entre sus miembros, y los requisitos particulares de la remuneración mediante



DECONOMI

participación en beneficios y de la remuneración vinculada a acciones de la sociedad, tal como lo hacen también los artículos 217 y siguientes de la LSC.

El cargo de consejero de la sociedad cotizada es necesariamente retribuido, salvo que los estatutos dispongan lo contrario. Pero a partir de ahí se configura una distinción fundamental entre la retribución de los consejeros como tal y la de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas, también equivalente a la del artículo 529 sexdecies y siguientes de la LSC.

La retribución de cada consejero como tal la determina el propio consejo, dentro de la política de remuneraciones derivada del sistema previsto en los estatutos, y habrá de tener en cuenta el importe máximo anual para el conjunto y las funciones concretas de cada uno para individualizarla. En el caso de los consejeros ejecutivos hay que tener en cuenta que su relación con la sociedad se plasma en un contrato específico, previsto en el artículo 231-100, y es en él donde se determina la retribución; lo que añade el artículo 283-41, específico para las cotizadas, además de reiterar la competencia del consejo para fijarla, es la necesidad de que esa retribución se ajuste también a la política de remuneraciones de los consejeros, dentro de la cuantía máxima fijada anualmente, y a los criterios de variación de los componentes variables en el tiempo de duración.

Finalmente, tiene especial interés el tratamiento de la política de remuneraciones como decisión societaria, y su relación con el informe anual ya previsto en la normativa vigente. Conforme al artículo 283-43 la política de retribuciones de los consejeros, que desarrolla el sistema previsto en los estatutos de la sociedad, debe ser aprobada en la junta general cada tres años, lo mismo que su modificación o sustitución, a propuesta motivada del consejo y con informe de la comisión de nombramientos y retribuciones. El informe anual, con el detalle que especifica el artículo 283-44, es sometido a votación consultiva en la junta general, como ya viene ocurriendo, pero la novedad relevante es que, si el informe fuera rechazado, la política de remuneraciones a aplicar en el siguiente ejercicio debe ser previamente aprobada por la junta general, aunque aún no haya transcurrido el plazo de vigencia de tres años.



3.4. Otras especialidades: pactos parasociales; aumento y reducción de capital; información societaria.

Con el orden en que aparecen en el ACM, procede considerar por último un conjunto de especialidades, que en algún caso son verdaderas normas propias más que especialidades de un régimen general, con las que el texto completa el tratamiento de la sociedad cotizada.

El Capítulo IV, artículos 284-1 a 284-6, está dedicado a los **pactos parasociales** sujetos a publicidad. Además de mencionar su contenido típico (los tradicionales sindicatos de voto y de bloqueo, con prohibición expresa de pactos de voto en el consejo de administración) y de detallar las vías de publicidad a que están sujetos, bajo sanción de ineficacia, pero con previsión de dispensa del deber por causa de daño grave a la sociedad, se ha introducido en el artículo 284-3 la distinción por razón de su duración temporal; si está determinada, con un máximo de 5 años, la renovación no se produce por prórroga automática o tácita reconducción, sino que requiere de un nuevo acuerdo expreso de los accionistas sindicados; si no lo está, cualquier firmante puede denunciar el pacto en cualquier momento, con preaviso de seis meses. Por lo demás, el régimen previsto se extiende a los pactos entre socios de una sociedad no cotizada que tenga poder de dirección, como sociedad dominante, sobre otra cotizada; en este caso, además, la falta de publicidad del pacto trae consigo la suspensión del derecho de voto de esos socios en la junta de la dominada.

Por lo que se refiere a las especialidades en materia de **aumento y reducción del capital** en la sociedad cotizada, el Capítulo V presta atención a las que se refieren al derecho de preferencia en la emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, o en la emisión de obligaciones convertibles. Los aspectos afectados son el plazo de ejercicio, no menor de quince días, y el régimen de la exclusión del derecho, que combina la remisión al de aplicación general en las sociedades de capital con la posibilidad de emisión de nuevas acciones a cualquier precio superior al valor neto patrimonial determinado por el experto en su informe; a ello se une la regla, ya prevista en el artículo 506 de la LSC, que permite a la junta delegar en los administradores la facultad de excluir el derecho de preferencia cuando acuerde la delegación en ellos del propio



aumento del capital, circunstancia que también es de aplicación en la **emisión de obligaciones** convertibles, como así lo indica el artículo 285-7. Novedad singular es la que contiene el artículo 285-2, la llamada “suscripción indirecta”, en la que una o varias entidades de crédito o financieras suscriben inicialmente los nuevos valores emitidos con obligación de ofrecerlos posteriormente a los titulares del derecho de preferencia en las condiciones establecidas. Como lo es también, finalmente, la posibilidad de delegar por parte de la junta en el consejo de administración la facultad de acordar, en una o varias veces, la reducción del capital hasta una cifra determinada, con los límites cuantitativos (25% del capital como máximo) y en las condiciones (con amortización de acciones adquiridas hasta en cinco años) que establece el artículo 285-6.

El Capítulo VI, último de los que el Título VIII dedica a la sociedad cotizada, bajo el rótulo de “**información societaria**”, además de excluir la posibilidad de formular cuentas abreviadas y de obligar a proporcionar en la memoria información complementaria cuando la sociedad cotice en mercado regulado de otro Estado miembro de la UE y de incluir el informe de gobierno corporativo en el de gestión en ese caso, todo ello como especialidades en las cuentas anuales, desarrolla los aspectos básicos de la estructura, contenido y difusión del “informe anual de gobierno corporativo”, convirtiéndolo así en un instrumento típicamente societario, sin perjuicio de que los aspectos de detalle de su formulación y publicidad, como ya ocurre, queden remitidos al ámbito reglamentario y al organismo supervisor del mercado de valores. Igualmente, y como ya se indicó, bajo el rótulo común de “instrumentos especiales de información” se incluyen la página web obligatoria, donde debe habilitarse el Foro Electrónico de Accionistas, y las Asociaciones de Accionistas, con las mismas previsiones que contiene el artículo 539 de la LSC.

En el texto previo del ACM se incluía también aquí la referencia al informe anual sobre la política de retribuciones que, como ya se ha indicado, ha quedado mencionado en el contexto del régimen de la remuneración de los consejeros, sin perjuicio de su desarrollo por la misma vía indicada para el informe de gobierno corporativo.

También la Propuesta previa al ACM contenía un Capítulo final referido a la pérdida de la condición de sociedad cotizada, incluyendo los



supuestos y los efectos derivados, pero tal materia, en paralelo al tratamiento de la admisión a cotización como presupuesto de la adquisición de la condición de cotizada por una sociedad anónima, ha desaparecido del ámbito societario, previsiblemente para integrarse en el ámbito de la regulación del mercado de valores, aunque es discutible que se trate de un aspecto de la actividad de la sociedad en el mercado y no de la estructura societaria como tal.

4. REFLEXIÓN FINAL.

El proceso de configuración normativa de la sociedad cotizada que se ha examinado permite afirmar que esta figura, por más que su origen jurídico esté en el tipo clásico de la sociedad anónima, ha alcanzado un grado de diferenciación tal que quizá ya no resulta adecuado seguir considerándola, material y sistemáticamente, como una sociedad anónima con especialidades, y, probablemente, tampoco como una más de las sociedades anónimas especiales. La sociedad cotizada ya no está, como lo están, entre otras muchas, la sociedad anónima unipersonal, la sociedad anónima bancaria, de seguros, o de capital riesgo, la sociedad anónima pública, familiar, o laboral, o la sociedad anónima europea, en el ámbito, ciertamente amplio, de las sociedades anónimas que, por razón de la estructura accionarial, del objeto, de la titularidad del capital, del sistema organizativo, o de cualquier otra característica, disponen de un grado, mayor o menor, de especialidad todavía referible al tipo común.

En la sociedad cotizada, la combinación de la especialidad societaria con las implicaciones derivadas de su ubicación funcional en el mercado de valores, ha ido acumulando tal volumen de singularidad que tal vez sea preferible, y más ajustado al momento de su evolución, su consideración como un tipo propio y autónomo, lo que no obsta para que los diversos aspectos de su régimen jurídico que proceden de la sociedad anónima, y mantienen idéntica configuración, puedan remitirse, interpretarse o aplicarse a partir de normas comunes. Algo similar ocurre en la relación entre sociedad anónima y sociedad limitada, como manifestaciones diversas de una categoría más amplia, que es la de las sociedades de capital, dentro de la cual constituyen tipos tradicionalmente diferenciados. Es más, no es descartable que, en una



DECONOMI

perspectiva futura de la vieja cuestión tipológica, el espacio de la sociedad limitada se agrande hasta ocupar, como ya prácticamente lo hace en la estadística de la utilización de los tipos, el ámbito ordinario o común de las sociedades de capital que no cotizan en el mercado de valores, ámbito que hoy comparte con un tramo de sociedades anónimas tendencialmente residuales. Si esto llegara a ocurrir, la sociedad anónima cotizada quedaría desprendida de esas adherencias al tipo clásico de la sociedad anónima, de la que dejaría de ser una especialidad sistemática, y quedaría configurada como un tipo propio. Para ello, también es necesario que los dos planos, el societario y el del mercado de valores, se combinen y coordinen adecuadamente; lo mismo que habrían de hacerlo el plano de las normas legales y el de las recomendaciones de buen gobierno, con una correcta y equilibrada proporción entre lo mínimo imperativo, en lo orgánico y en la protección de accionistas, inversores y terceros, y lo dispositivo, en el ámbito interno.



“Algunas consideraciones en relación al representante legal en las Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”

por Hernán J. Racciatti²⁵⁶

1. Introducción.

No es este el espacio ni la finalidad de este trabajo, pero vale recordar la relación directa que existe entre el Derecho Societario y la economía²⁵⁷.

Y, en dicha línea, soy de la idea que la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) aparece en el derecho Argentino para ofrecer al mercado (al sistema) una opción novedosa (aunque probada en el mundo) para aquellos operadores de negocios que consideren conveniente utilizarla.

Por supuesto, en su utilización se encontrarán cuestiones a ser revisadas o repensadas, y la jurisprudencia y la doctrina irán moldeándola con fallos y opiniones.

Tener un tipo social de estas características podría hacer más eficiente el sistema en la medida que implicaría ofrecer alternativas u opciones inexistentes hasta el momento de su aparición.

Si algún empresario o emprendedor u operador de negocios considera que este es un tipo que le genera inseguridad por el nivel de exigencia que podría aparejar la negociación de un contrato con características propias, pues, entonces, tendrá la opción de recurrir a los tipos sociales existentes antes de la sanción de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, N° 27.349 (LACE).

Pero le debemos dar la oportunidad a aquéllos que quieren negociar su contrato²⁵⁸, y que sienten que el mercado (el sistema del Derecho Societario)

²⁵⁶ Profesor de Derecho Societario de la Facultad de Derecho de Rosario de la Universidad Católica Argentina. Árbitro del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario, y Árbitro del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Abogados de Rosario.

(*) Profesor de Derecho Societario de la Facultad de Derecho de Rosario de la Universidad Católica Argentina. Árbitro del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario, y Árbitro del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Abogados de Rosario.

²⁵⁷ En general, sobre el tema ver CABANELLAS Guillermo, “Función económica del Derecho Societario”, en R.D.C.O., año 1989, pags. 279 y siguientes.

²⁵⁸ En el derecho francés, refiriéndose a la Societè par actions simpliffiè, se ha dicho que “...les associés doivent se protéger eux-memes. Cela suppose qu’ils en aient la forcé, dans la négociation, avec le savoir-



no les está dando una opción de verdadera libertad negocial que ellos estiman estar necesitando.

El tiempo, y el propio mercado, se encargará de desterrar los tipos inútiles y los no eficientes (lo que podría ocurrir con la SAS si es *sub utilizada* teniendo en miras solo la celeridad en su constitución, o si terminara demostrando ser un tipo ineficiente por ser el costo de negociación demasiado elevado, o por ser generadora de demasiados conflictos como consecuencia de instrumentos constitutivos incompletos).

2. Las normas de la LACE relativas a al representante de la SAS.

La LACE refiere en su artículo 51 último párrafo a la representación legal de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS).

Dicho artículo indica i) quiénes o qué tipo de sujetos de derecho podrán ser representantes de la SAS, ii) el órgano encargado de su designación y el momento de hacerlo, y iii) el ámbito de actuación (sus facultades) que corresponde al representante²⁵⁹.

Estas disposiciones establecidas por el artículo 51 último párrafo se complementan con lo dispuesto por el artículo 52 primer párrafo de la LACE, que indica que los deberes, obligaciones y responsabilidades de los representantes legales son las previstas en el artículo 157 de la LGS.

Cierta doctrina ha entendido al representante como un órgano diferenciado del órgano de administración en el esquema de organización de este tipo social en la medida que la facultad de representación recaiga en una persona humana que no se desempeñe como administrador, o como un sub

faire et la claire conscience des risques courus..”, LE CANNU Paul, “Un cadre legal minimal”, en “La Societè par Actions Simpliffiè. Bilan et perspectives”, Sous la direction de Pierre Henri Conac et Isabelle Urbain -Parleani. Dalloz Editions.

²⁵⁹ Decimos que refiere al ámbito de actuación porque ello –el mencionar su competencia funcional- es propio de los órganos de las sociedades y porque el propio artículo refiere a *facultades* del representante, pero en realidad más que a *funciones* o *competencia* lo que quiere el artículo en cuestión es definir un régimen de *oponibilidad* amplio de los actos del representante. Ver sobre el tema RAMIREZ Alejandro “SAS. Sociedad por Acciones Simplificada”, pags. 139 a 145, editorial Astrea, 2019. Compárese también sobre el juego entre este artículo y el artículo 58 de la LGS, VITOLLO Daniel R, en “Capital emprendedor y Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS), pags. 392 a 395.editorial Thompson Reuters La Ley, 2da edición, 2018.



órgano si el representante fuera, a su vez, miembro del órgano de administración o administrador único²⁶⁰.

Si la representación es una atribución o competencia diferenciada de la administración, el representante es un órgano, sin perjuicio de que, circunstancialmente, una misma persona integre más de un órgano (lo que ocurre también cuando el socio es administrador)²⁶¹.

Así como la LACE otorga a los socios amplitud para la estructuración orgánica de la sociedad, permitiéndoles establecer las competencias funcionales a su criterio, también pareciera estar dejando a su decisión la posibilidad de crear un órgano independiente del de administración, con una competencia funcional limitada a la representación²⁶².

3. Administración y Representación.

Es sabido que administración y representación constituyen dos esferas o ámbitos de actuación diferenciados, a la vez que dos facultades o competencias distintas.

Así, la administración comporta un acto de voluntad jurídica interna de la sociedad, y no produce efectos frente a terceros.

Esto último ocurre recién cuando la sociedad expresa o exterioriza su voluntad en el marco de una relación jurídica con un tercero.

Teniendo en cuenta que el órgano se conforma con un elemento objetivo configurado por sus competencias funcionales, y otro subjetivo

²⁶⁰ Véase BALBIN Sebastián, “SAS. Sociedad por Acciones Simplificada”, Cátedra Jurídica, 2019, donde en página 121, indica que *“La representación importa, entonces, una competencia orgánica propia –una más, como administrar o gobernar- por lo que estamos frente a un órgano diferenciado dentro de la estructura societaria –como los de administración o gobierno- o de sub órgano si ambos roles coinciden y su actividad resulta meramente integrativa..”*.

²⁶¹ Véase BALBIN Sebastián, “Ley General de Sociedades”, Revisada, Ordenada y Comentada, pag. 218 quien considera al Presidente del Directorio de la Sociedad Anónima como *“...un órgano en sí, el de representación...”*. También el Profesor Héctor Alegría, quien refiriéndose a las diferentes competencias o funciones que tienen los órganos, y, particularmente, a la de representación, dice que *“...de allí que el órgano (diferenciado o no) al que la ley le atribuye esa facultad-función es un órgano de representación...”*, ALEGRÍA Héctor, “La representación societaria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 6, pag.250, edit. Rubinzal Culzoni, 1994.

²⁶²Para Otaegui *“..la función de gestión es inescindible de la representación..”*, ver OTAEGUI Julio Cesar, “Administración Societaria”, pag. 160, edit. Abaco, 1979.



DECONOMI

materializado por las personas que integran el órgano, la Ley de General de Sociedades, tradicionalmente, preveía -en los distintos tipos sociales- la facultad de representación como una competencia asignada a algunas o todas las personas -socios o terceros- que integraban el órgano de administración²⁶³.

La LACE parece haberse apartado de esta premisa, y autorizado –en una normativa no del todo clara- que el instrumento constitutivo disponga que esta facultad o competencia –la de representación- sea otorgada a una o más personas humanas, socias o no, ajena al órgano de administración²⁶⁴. Se nos ocurre, entre otras, la posibilidad de que un accionista no administrador pretenda, en su negociación de la libertad contractual del instrumento constitutivo, ser designado el representante.

Vale la aclaración de mencionar que decimos que *parece* haberlo autorizado ya que no lo menciona expresamente, sino que el artículo 51, relativo a las *funciones del administrador* (título o encabezamiento del artículo referido) se integra con un segundo apartado cuyo título o encabezamiento es “*Representación Legal. Facultades*”, que indica que la misma –la representación legal- podrá estar a cargo de una o más personas humanas, socios o no, designadas en el instrumento constitutivo o posteriormente por la reunión de socios. Son los mismos términos utilizados por el artículo 50 para aludir a quiénes podrían designarse administradores en el instrumento constitutivo.

Entonces, cuando el artículo 51 de la LACE repite, para establecer quiénes pueden ser representantes de la sociedad, la misma fórmula amplia (personas humanas, socios o no) utilizada para mencionar quiénes podrían ser administradores, sin indicar que el representante –una de esas personas humanas, socios o no- debe ser, además, uno de los administradores, pareciera

²⁶³ Solamente los artículos 128 de la LGS referido a la administración de la Sociedad Colectiva, y el 318 del mismo cuerpo normativo para la Sociedad en Comandita por Acciones, constituyen disposiciones que regulan la administración del tipo social en cuestión sin ninguna referencia a la función de representación. En el caso de la Sociedad de Capital e Industria, la Sociedad en Comandita Simple y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, cada vez que la ley se refiere al órgano de administración lo hace refiriendo, a la vez, a la función de representación. Cuando la LGS trata la normativa de la Sociedad Anónima, otorga la función de representación a una de las personas (elemento subjetivo del órgano) que forma parte del órgano de administración, en el caso el Presidente de la Sociedad Anónima.

²⁶⁴ Conforme, VANNEY Carlos, “Representar sin administrar”, en “Hacia un nuevo Derecho Societario”, Ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, pags. 1143 a 1149. En contra, lo dispuesto por la resolución 6/2017 de la Inspección General de Justicia de CABA.



DECONOMI

que autoriza concluir que dicha calidad –la de haber sido designado administrador- deviene innecesaria²⁶⁵.

Sin embargo, el artículo 49 arroja cierta confusión al tema, ya que cuando refiere a la organización jurídica interna de la sociedad y la delega en su estructuración a lo que se disponga en el instrumento constitutivo, al referirse a los *órganos* de la sociedad –que funcionarán de acuerdo a lo previsto por la LACE, por lo dispuesto en el instrumento constitutivo y supletoriamente por lo dispuesto por la LGS para las sociedades de responsabilidad limitada- solo alude a los *órganos de administración, de gobierno y de fiscalización*, sin alusión alguna a la existencia de un *órgano* de representación.

Si sumamos a dicha omisión de referir al representante legal como un órgano independiente del de administración, la inclusión del tratamiento de la *representación legal y sus facultades* dentro del mismo artículo que establece las *funciones del administrador*, se agrega mayor confusión al tema.

Sin embargo, de nuestra parte –y como lo mencionamos más arriba- estamos seguros de pensar que en el marco de libertad concedido a los socios por la LACE para la conformación de su estructura orgánica (argumento artículo 49 de la LACE), la posibilidad de la existencia de un representante legal que no sea integrante del órgano de administración –es decir, un representante legal sin facultades de administración- configura una novedad establecida y admitida en la LACE, sin perjuicio de que exista la libertad para disponer estatutariamente, también, la acumulación de funciones de administración y representación²⁶⁶.

²⁶⁵ Véase en dicho sentido, RAMIREZ Alejandro, ob. cit., loc. cit., pag. 239 y 240, editorial Astrea, 2019; también BALBÍN Sebastián, ob. cit., loc.cit. en nota 2.

²⁶⁶ La posición aquí asumida, como lo mencionamos en cita 5, es contraria a lo dispuesto por la resolución 6/2017 de la Inspección General de Justicia de CABA, la cual dispone que el representante legal de la SAS debe revestir la calidad de administrador. La Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe, por el contrario, no ha establecido ningún tipo de limitación al respecto. En el derecho comparado, téngase en cuenta que en Francia el artículo 227-6 du Code de Commerce establece que la representación de la SAS estará a cargo de un presidente designado dentro de las condiciones previstas por el estatuto, habiendo interpretado la doctrina que la función que los estatutos no podrían quitarle nunca al presidente es, precisamente, el de representar a la sociedad frente a los terceros, sin que ello implique, necesariamente, que el presidente sea el administrador de la SAS. Ver, GERMAIN Michele y PERIN Pierre Louis, “SAS. La Société par actions simplifiée”, pags. 343 y 344, editions Joly, 6ta edition, 2016. Ver también, THOMASSIN Nicolas, “L’organisation du pouvoir de direction dans la SAS”, en “La SAS: 25 ans apres”, pag. 36 y 44 donde refiere que no se puede privar al presidente de la representación pero podría ser que no tuviera poderes de administración, Edit. Lexis Nexis, 2019. En la GmbH alemana, la función de representación está a cargo de los administradores; puede verse SCHROEDER –FRERKES Alexander y



DECONOMI

Todo ello en nuestro entendimiento, también, que en la enorme potencialidad de la libertad contractual, el instrumento constitutivo de la SAS podría prever otros órganos distintos a los referidos en el artículo 49 de la LACE, tales como órganos de autorización o de control o vigilancia de determinados actos de los administradores, o, incluso, una persona (órgano) con una *función* de veto. Cualquiera de estos órganos con intervención en la administración (en la gestión de la SAS) la LACE los contempla bajo la amplísima referencia del último párrafo del artículo 52, dedicado al llamado doctrinariamente *administrador de hecho*. Y, quizás en este caso, no sería correcto referir a un *administrador de hecho*, ya que si la propia LACE autoriza la posibilidad de su existencia al dejar librado a la creatividad e inventiva de los socios la estructuración orgánica de la SAS²⁶⁷, su presencia en el instrumento constitutivo con facultades o competencia vinculadas a la administración, nos permitiría verlos como parte de la conformación u ordenación regular, formal y autorizada (administrador de derecho) del órgano de administración²⁶⁸.

Es que, tenemos para nosotros, que en un entendimiento amplio no podemos pensar que el término *estructuración orgánica* se reduce solo a libertad de distribución de competencias, sin incluir la posibilidad de crear otros órganos con funciones propias.

Sin dudas, si la representación legal recae en una o más de las personas que ocupan el cargo de administradores de la SAS -lo que, hemos advertido, es lo más común en la práctica profesional y lo que prevé, por

GOHRING Armin, “The Limited Liability Company under German Law (the GmbH)”, pag. 85 y siguientes, edit. Globe Law and Business, 2020.

²⁶⁷ Ya hemos dicho en numerosas oportunidades que, para nosotros, la SAS es la oportunidad de tener un vehículo apropiado para que la inventiva y audacia de los emprendedores les permita adaptar el instrumento constitutivo a las necesidades y requerimientos de los inversores, ver, RACCIATTI Hernán J. “Sobre estructura orgánica y derechos de los socios en la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, en El Derecho, boletín el 12 de abril de 2022, cita digital ED-MMDCCCXXII-734; también nuestro trabajo “Clases de Acciones en las SAS. Amplitud en la interpretación de la licitud y validez de los derechos que otorgan”, en “Hacia un nuevo Derecho Societario”, Ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, pags. 1359 a 1365.

²⁶⁸ Sobre el concepto del administrador de hecho, véase FILIPPI Laura, “La figura del administrador de hecho en las sociedades anónimas”, en La Ley, Tomo 2004-A, pag. 1262, quien lo conceptualiza como “...el sujeto que en forma personal, directa y activa gestiona –en forma individual o colegiada- a la sociedad, careciendo el mismo de un válido “título” a tal fin...”. También puede verse sobre este tema, en general, ALLENDE Lisandro, “Administradores de hecho”, en “El directorio en las Sociedades Anónimas”, Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola, pags. 275 y siguientes, Edit. Ad-Hoc, 1999.



ejemplo, el estatuto modelo de la Inspección General de Justicia de la Provincia de Santa Fe que es la estructura de organización que utiliza la mayoría de las SAS que se constituyen en dicha provincia- el tema despertará menos interrogantes o inquietudes de que si el representante legal es una persona humana, socia o no, ajena al órgano de administración.

4. Las facultades del Representante.

La LACE indica en el artículo 52 que el representante *podrá celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directa o indirectamente con el mismo.*

Si hablamos de *facultades* o atribuciones del representante o de su competencia funcional, si hemos venido, hasta acá, refiriendo al representante como un órgano con funciones propias, las mismas se definen más claramente si son mencionadas como la actividad o acto de exteriorizar la voluntad de la SAS (de la persona jurídica) frente a los terceros.

Es que, a partir de la teoría de la actuación orgánica como forma de expresar la voluntad de la sociedad, mediante la afirmación que los órganos constituyen centros de atribuciones específicos, precisamente, la función o competencia de la representación supone la posibilidad de que la sociedad se vincule por sí –a través de un órgano de la misma- con terceros y pueda actuar en forma directa en el mundo de los negocios jurídicos²⁶⁹.

En dicho orden de ideas, y teniendo en miras la redacción del artículo en análisis nos da la impresión que la frase que define la función en términos de *celebrar y ejecutar los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directa o indirectamente con el mismo* tiene en miras no tanto la

²⁶⁹ Como lo explica con claridad Diego Duprat “...la teoría del órgano, si bien hace referencia a la distribución interna de competencias, esta destinada, de manera principal y directa, a justificar la particular forma de representación o, mejor dicho, de manifestación de la voluntad del ente societario...”, DUPRAT Diego, “La teoría del órgano y la particular naturaleza de la vinculación del administrador con la sociedad”, en R.D.C.O., año 2007- A, pag. 125. Sobre el punto, también, expresa Jesús Alfaró Águila Real que “...en términos estructurales, los órganos sociales forman parte de la personalidad jurídica, es decir, no es posible concebir la personalidad jurídica sin sus órganos...”, ALFARO ÁGUILA REAL Jesús, “La Persona Jurídica”, pag. 232, editorial Comares, Granada, 2023.



DECONOMI

función de los representantes sino la extensión de la oponibilidad de los actos celebrados por los mismos con los terceros²⁷⁰.

En efecto, a nuestro entender lo que se ha procurado es superar cualquier discusión al respecto y garantizar la seguridad de los terceros que realicen actos jurídicos con el representante de la SAS.

El objetivo de la protección de los terceros se encuentra no sólo en la existencia legal de un representante investido de la función de exteriorización de la voluntad de la sociedad, sino en que esta representación se extiende a cualquier acto jurídico que se relacione *directa o indirectamente* con el objeto social²⁷¹. Ello incluiría cualquier acto complementario o útil, e incluso actos tales como actos de beneficencia o contribuciones que ayuden al bienestar general, patrocinios o mecenazgos, entre muchos otros²⁷².

Nótese que la redacción del artículo 51 de la LACE limita la actividad del representante a *celebrar y ejecutar* los actos y contratos comprendidos en el objeto social o relacionados con este, y ante la previsión de un órgano de administración y la posibilidad que el representante sea además administrador, debe concluirse que el representante que no es administrador carece de facultades de gestión²⁷³. En otras palabras, el representante que no es administrador no tiene la competencia funcional para generar decisiones, las cuales serían propias del órgano de administración.

²⁷⁰ Véase nota 3 y doctrina citada en la misma.

²⁷¹ La apreciación sobre si decir que el administrador obliga a la sociedad *por todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directa o indirectamente con el mismo*, otorga mayor grado de oponibilidad que decir que el administrador obliga a la sociedad *por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social*, es netamente subjetiva. Y de mi parte, no estoy todavía muy convencido que el texto del artículo 51 de la LACE implique en su redacción mayor amplitud que el artículo 58 de la LGS. Refiriendo a la amplitud que conlleva el término *notoriamente extraño al objeto social* para excluir la normal imputación de un acto realizado por su representante legal a la sociedad, Héctor Alegría indica que “...de esta forma, deberá interpretarse, en caso de duda, que el acto cabe dentro de las facultades del representante estatutario...”, ALEGRÍA Héctor, ob cit., pag. 267.

²⁷² Conf. ALEGRÍA Héctor, ob. cit., loc. cit., pero refiriéndose al artículo 58 de la LGS.

²⁷³ En la Ley número 19.820 de Uruguay que introduce el tipo Sociedad por Acciones Simplificadas, del juego de los artículos 29 y 30 se advierte que el representante legal tiene funciones de gestión, y que, a falta de pacto estatutario, es al representante legal a quien corresponde la doble función de administrador y representante. En su redacción se asemeja a lo previsto para la Societè par Actions Simplifièe de Francia, donde el Presidente tiene la función de representación y administración, siendo posible acordar distintas organizaciones de administración -limitando o quitando dicha facultad al Presidente- pero nunca suprimiendo su figura y su función de representante legal.



De modo que la existencia o previsión estatutaria del representante no administrador es una *alternativa* que otorga la LACE con esta función o competencia exclusiva, sin que nada impida, como ya se ha dicho, que una única persona (en la SAS de un solo socio o en una SAS pluripersonal) ocupe ambos roles en una estructura de organización de total simplicidad.

5. Limitaciones a las funciones de representación. La falta de mención en la LACE sobre la obligatoriedad de inscripción del representante.

En la medida que la LACE admite que la representación podría ser plural -el artículo 52 menciona que pueden serlo *una o más personas humanas*- tenemos para nosotros que estatutariamente podrían establecerse distintos tipos de limitaciones a la facultad de representación.

Así, las mismas podrían estar vinculadas con el monto del acto jurídico a *ejecutar* o *celebrar*, o la incidencia que el mismo tenga de modo cualitativo en el patrimonio social o en la posibilidad de cumplimiento del objeto social, o en el riesgo financiero de la obligación a contraer.

Estas limitaciones pactadas estatutariamente no tendrían efectos frente a terceros atendiendo a la amplitud que quiso darle la LACE a la oponibilidad de los actos del representante procurando ir en su redacción, incluso, más allá de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley General de Sociedades, lo cual es abonado por el argumento adicional de la posibilidad de la SAS de tener un objeto *amplio y plural* sin que las actividades que los constituyen deban tener relación entre ellas²⁷⁴.

Las restricciones solo podrían ser alegadas por la SAS si se probara que en dicha negociación *vis-a-vis* con un tercero, éste tenía conocimiento de

²⁷⁴ Véase RAMIREZ Alejandro, ob. cit., pag. 145 y 146. Refiriéndose al artículo 58 de la Ley General de Sociedades, ver MANOVIL Rafael M., “Actos que exceden el objeto social en el derecho Argentino”, en R.D.C.O, año 1978, pag. 1047 y siguientes, donde dice “..De modo entonces que las limitaciones internas a las facultades de los órganos sociales son inoponibles a los terceros, en la medida que el acto en cuestión sea un acto de administración social no notoriamente extraño al objeto social...”. Véase también, OTAEGUI Julio C., ob. cit., pags. 174 y 175.



DECONOMI

las mismas o se tratara de un acto realizado por el tercero en colusión con el representante actuando en exceso de las limitaciones pactadas.

Sin embargo, sin que se trate de limitaciones vinculadas con la *ejecución o celebración* de negocios jurídicos determinados por su relevancia o impacto social, considerando que los representantes pueden ser más de uno es dable concluir que la representación podría pactarse, estatutariamente, de modo conjunto o indistinto.

El tema de una eventual cláusula estatutaria de actuación conjunta, genera algunas inquietudes, porque, por un lado, se procura la mayor amplitud a la oponibilidad del acto del representante, pero por otro lado queda -como supuesto no contemplado- la posibilidad de una violación a la representación conjunta que, al no ser prohibida, debería considerarse posible.

En análisis del artículo 58 de la LGS esta cuestión fue abordada por la doctrina concluyendo que salvo las excepciones previstas en ese mismo artículo para la violación de la representación plural, habiéndose cumplido con los requisitos de inscripción y publicidad del estatuto (en el caso del instrumento constitutivo) las exigencias de la representación plural son oponibles a terceros²⁷⁵. Y entendemos que tal interpretación es aplicable al supuesto de una cláusula de representación conjunta dispuesta en el instrumento constitutivo de la SAS.

Mención aparte merece que el artículo vinculado al representante omite establecer la obligatoriedad de su inscripción registral, como, en cambio, sí lo establece el artículo 50 para la designación y cesación de los administradores.

Independientemente de tal omisión legal, queda claro que el representante que no fuera designado en el instrumento constitutivo, y lo fuera a posteriori sea por la forma prevista en el mismo o por la reunión de socios o el socio único, debe ser inscripto registralmente, tanto si se trata de un representante no administrador, como en el supuesto que se designe como representante a un administrador: En este último supuesto debería inscribirse -

²⁷⁵ Ver conforme, CABANELLAS Guillermo, “Los órganos de representación societaria”, en R.D.C.O., 1991-A, pag. 43.



si fuera designado a posteriori de la inscripción del instrumento constitutivo- tanto su carácter de administrador, como su designación de representante.

6. Deberes de lealtad y diligencia del representante.

El representante tiene las facultades que le son asignadas legalmente -y a las cuales ya nos hemos venido refiriendo- y esas facultades importan el *deber* de ejecutar y celebrar los actos cuyo contenido ha sido resuelto o decidido por el órgano con funciones o facultades específicas, sea el de administración o el de gobierno.

El representante *debe* ejecutar y celebrar el contrato o acto encomendado sin poder oponerse a ello, porque la decisión sobre la conveniencia o mérito del acto o contrato a ejecutar excede de su esfera de competencia. Y, salvo lo que se acuerde en el instrumento constitutivo dentro de la amplitud de estructuración orgánica que la LACE concede a los socios, cada esfera de competencia es exclusiva y excluyente de cada órgano.

De este modo advertimos que su competencia funcional legalmente conferida²⁷⁶ –la de representar a la SAS frente a terceros- debe ser integrada con la función de otro órgano, cual es el de administración. Así como las decisiones del órgano de administración deben valerse del representante para ser exteriorizadas frente a terceros, este último debe ajustarse a las instrucciones otorgadas por el órgano que le encomienda la ejecución del acto, siendo el órgano de administración o, en su caso, el de gobierno los que fijan los límites máximos y mínimos dentro de los cuáles debe desenvolverse la función de representación.

Sin embargo, y si bien ya mencionamos que el representante carece de competencia en temas de gestión –ya que de tenerlas sería administrador además de representante- queda claro que al ejecutar y celebrar el contrato o acto encargado goza de cierto margen conforme la naturaleza del negocio

²⁷⁶ Remitimos a las palabras de ALEGRÍA Héctor y a las de BALBÍN Sebastián, ambas obras citadas en nota 4, al considerar a la función de representación la competencia propia de un órgano independiente, aún en el esquema normativo de la LGS.



encomendado. Esto significa cierta libertad de *gestión* limitada al ámbito de la ejecución o celebración del acto o contrato en cuestión.

Si bien en el caso nos encontramos ante una representación orgánica y no convencional, y aun ponderando las diferencias entre una y otra, sostenemos lo expuesto estimando aplicables analógicamente al supuesto específico –en cuanto a la extensión de una atribución que es, en ambos casos, la de representación- lo dispuesto por el artículo 372 inciso a) y 1324 del Código Civil y Comercial (CCyC) en relación a las obligaciones del apoderado y del mandatario²⁷⁷.

En este marco de atribuciones y obligaciones, la LACE establece al representante los deberes, obligaciones y responsabilidades previstos por el artículo 157 de la LGS para los administradores y representantes de la sociedad de responsabilidad limitada.

Salvo pacto en el instrumento constitutivo que prevea limitaciones a la responsabilidad del representante²⁷⁸, entonces, los mismos están obligados al cumplimiento de los deberes de lealtad en la representación y la diligencia del buen hombre de negocios. Es que, tales normas que son aplicables a los administradores de las SAS por remisión supletoria al artículo 157 de la LGS, también son aplicables a los representantes por expresa disposición del artículo 52 de la LACE.

Debe tenerse presente que la diligencia exigida, que es la de un buen hombre de negocios, se limita específicamente al desempeño de su función, o

²⁷⁷ Refiriéndose a las facultades del mandatario (con representación) en el derogado Código Civil (en una norma que era en su redacción muy similar al actual artículo 1324 CCyC, decía Federico Videla Escalada que “..deben, de acuerdo a esta norma legal, considerarse comprendidas, dentro de las facultades del mandatario, las necesarias para que pueda llevar adelante la gestión encomendada, sin perjuicio de respetar la interpretación restrictiva de los poderes de aquél, típica de este contrato...”; en VIDELA ESCALADA Federico, “Obligaciones del mandatario frente al mandante en el Código Civil Argentino”, en Lecciones y Ensayos, N° 46, Segunda Época, pag. 99, año 1982. En relación a las obligaciones del mandatario en el CCyC, puede verse JUNYENT BAS Francisco y GARZINO María Constanza, “El contrato de mandato en el Código Civil y Comercial”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en Particular. Abril 2015, pags. 127 y siguientes.

²⁷⁸ Véase nuestra ponencia “Cláusulas de limitación de responsabilidad de los administradores de la Sociedad por Acciones Simplificada. (SAS).”, en XV Congreso Argentino de Derecho Societario. XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, pag. 387 y siguientes. Ver también SCHNEIDER Lorena, “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en las sociedades comerciales. ¿Resulta válido dejar sin efecto los deberes de diligencia y de lealtad en las SAS?”, en La Ley, boletín del 23/12/2021.



DECONOMI

sea lo exigible a un buen hombre de negocios cuya atribución o facultad sea la de representación.

Además, por dicha remisión y salvo acuerdo previo en el instrumento constitutivo, el representante no debería celebrar o ejecutar actos o contratos en los cuales el tuviera un interés propio, ni celebrar contratos con la SAS fuera del marco de lo previsto por el artículo 271 de la LGS, por remisión supletoria al artículo 157 del mismo cuerpo normativo, o aprovechar para sí oportunidades de negocios de las cuales ha tenido conocimiento en virtud de su función de representante. .

Se trataría en ambos casos de supuestos vinculados al deber de lealtad de un representante que conlleva un deber de abstenerse de actuar en cualquier situación en que pueda existir un conflicto de intereses²⁷⁹.

²⁷⁹ Véase conforme, GARCÍA CRUCES José A, “Derecho de Sociedades Mercantiles”, página 391, 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.



“Minería del litio y comunidades sostenibles: una mirada desde la perspectiva del derecho ambiental”

por Natalia Waitzman²⁸⁰

*“Mucha gente pequeña en lugares pequeños,
haciendo cosas pequeñas,
pueden cambiar el mundo”*

Eduardo Galeano, El libro de los abrazos (1989)

Introducción.

Argentina, junto con Bolivia y Chile, forma parte de lo que se conoce como el triángulo del litio, donde según datos del 2020 se encuentra aproximadamente el 65% de los recursos mundiales de litio y alcanza el 29,5% de la producción mundial total. Con ello, nuestro país llegó al cuarto lugar como exportador mundial de este mineral y posee un potencial que le permitiría acrecentar aún más su participación en el mercado mundial²⁸¹.

En Argentina, existen proyectos de exploración y explotación del litio²⁸² en las provincias de Catamarca, Jujuy y Salta, que buscan producirlo y exportarlo como materia prima bajo la forma de carbonato de litio y cloruro de litio a Norteamérica, algunos países de Europa y Asia.

²⁸⁰ Natalia Waitzman. Abogada Especialista en Derecho Ambiental. Profesora Facultad de Derecho. UBA.

²⁸¹ Secretaría de Minería de la Nación. Informe especial Litio. Octubre de 2021. Disponible en línea en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_litio_-_octubre_2021.pdf

²⁸² De acuerdo con Svampa y Slipak, “en la Argentina existe una importante cantidad de proyectos que ya se encuentran en etapa de producción, como también de exploración o prospección en una serie de salares de las provincias de Jujuy, Salta y Catamarca, siendo los más importantes el Salar de Olaróz-Cauchari, las Salinas Grandes, el Salar de Rincón y el Salar de Hombre Muerto. En dichos proyectos prevalecen las concesiones a firmas transnacionales, de origen canadiense, australiano o estadounidense (Lithium Americas, Orocobre, Rincon Lithium, Ltd Galaxy Lithium, entre otras). A su vez, estas empresas aparecen asociadas a grandes automotrices o autopartistas, que se quieren asegurar el abastecimiento del mineral para garantizarse la posibilidad de producir las baterías que requieren los automóviles eléctricos e híbridos. Asimismo, existen proyectos de diferentes empresas de capitales nacionales con subsidios por parte de organismos del sistema de ciencia y técnica, que apuntan a que el país no solamente produzca carbonato de litio, sino también que se pueda abocar a las actividades de mayor contenido de valor agregado, entre las cuales encontramos la fabricación de la totalidad de las partes de las baterías de litio. Sin embargo, estos proyectos (...) se encuentran en estado incipiente”. Svampa, Maristella & Slipak, Ariel: “El litio, ¿bien natural estratégico o nueva fase de desposesión?” en Svampa, Maristella & Viale, Enrique: *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, Madrid, Katz Editores, 2014, pp. 213-214.



DECONOMI

El litio es un mineral liviano que encuentra múltiples aplicaciones en la industria energética, química, petroquímica, automotriz y militar. Este mineral reconoce usos tradicionales (de larga data, como el militar o el medicinal)²⁸³, y otros más recientes, favorecidos por la vertiginosa innovación tecnológica y la necesidad de avanzar en la transición energética, en el marco de la crisis climática²⁸⁴. Así, es empleado en el proceso de fabricación de cerámicas y vidrios, donde las sales de litio se añaden a estos materiales para mejorar su durabilidad, resistencia térmica y propiedades de fusión. Asimismo, se utiliza en la fabricación de aviones y cohetes, en las aleaciones metálicas y la industria nuclear, así como algunos compuestos de litio se utilizan como lubricantes y grasas de alta resistencia.

Pero el impulso decisivo de la industria del litio se desarrolló con la importancia que cobraron las energías limpias a comienzos del siglo XXI, ante el agotamiento inminente del petróleo y la necesidad de generar energías sustitutivas. La industria electrónica en el marco de la revolución tecnológica en las comunicaciones se valió del litio para la producción de baterías recargables que se utilizan en dispositivos electrónicos (como teléfonos móviles, computadoras portátiles, tabletas y vehículos eléctricos), gracias a su mayor eficiencia de almacenamiento, lo que implica mayores niveles de autonomía, potencia y menor necesidad de recargas. Su capacidad para acumular energía proveniente de fuentes renovables la encamina a jugar un rol destacado en la reducción de emisiones de carbono.

En este marco, bajo el paradigma de la lucha contra el cambio climático y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, se produjo un crecimiento exponencial de la demanda de litio en las últimas dos décadas, acompañado del alza de los precios internacionales, que convierten a

²⁸³ El empleo en la industria militar se ubica en la primera mitad del siglo XX, por ejemplo, para la fabricación de la bomba de hidrógeno. El uso medicinal del litio para el tratamiento de trastornos mentales data de la década de 1950. Martínez, León. ¿Para qué sirve el litio? *El economista*. 4/9/2017. Disponible en línea en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Para-que-sirve-el-litio-20161207-0144.html>. Garrabe, Jean. La historia de la introducción del litio en medicina y psiquiatría: El nacimiento de la psicofarmacología moderna en 1949. *Salud Ment* [online]. 2012, vol.35, n.6, pp.541-544. Disponible en línea en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000600014

²⁸⁴ Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina. Informe especial de la Universidad Nacional de La Plata. Disponible en línea: <https://investiga.unlp.edu.ar/especiales/litio-17104>



DECONOMI

este mineral en un *commodity* de importancia estratégica en la actualidad con proyección futura.

No obstante la motivación a escala global para acceder a este mineral no renovable, su extracción tiene una repercusión directa sobre los territorios y las comunidades en dónde se emplazan, por lo que el impacto ambiental de la minería del litio no puede desconocerse.

En tal sentido, conviene señalar que los territorios en dónde se encuentra el mineral requieren especial consideración del entorno y sus singularidades. Al igual que en otras actividades mineras, la producción de litio demanda grandes cantidades de agua en zonas que son fundamentalmente áridas, por lo que impactará en el ciclo hidrológico y en los ecosistemas acuáticos, incluso con el riesgo de salinizar agua dulce. La contaminación del agua y el suelo son impactos típicos que se ven en los territorios en los que se practica la extracción del litio; pero, a su vez, compite con la economía agrícola y de pastoreo de las comunidades indígenas locales en relación al uso del agua en una zona cuyo ecosistema se caracteriza por la confluencia de escasas precipitaciones, altos índices de evaporación y largos períodos de sequía²⁸⁵.

La degradación del hábitat natural, la afectación de la flora, la fauna y a la biodiversidad típica del entorno natural también son riesgos que conlleva esta actividad. En el marco de la crisis climática y ambiental, es necesario considerar las emisiones de carbono que genera la extracción, producción y transporte del litio (que dependen en gran medida del combustible fósil), -esto es- la huella de carbono propia de la actividad. Estas consideraciones tornan imprescindible contar con las medidas preventivas específicas para el manejo adecuado de los impactos ambientales y los residuos que produce la minería del litio.

La regulación vigente en Argentina (ya se trate de normas de protección ambiental o en las normas propias de la actividad minera) se

²⁸⁵ Según estudios geológicos, por cada tonelada de litio extraída de salmuera en forma industrial se evaporan alrededor de 2 millones de litros de agua. Fornillo, Bruno (coord.): *Litio en Sudamérica. Geopolítica, energía y territorios*, Buenos Aires, CLACSO/IEALC, 2019, p. 184.



enmarcan en esquemas regulatorios y de protección que resultan contenedoras, preventivas y de manejo del impacto ambiental.

Este artículo propone analizar los aspectos legales vinculados con la actividad minera, en particular los relacionados con la exploración y explotación del litio en Argentina. A tal efecto serán analizadas las normas ambientales generales y las específicamente mineras, a fin de identificar aquellos aspectos que se estiman ineludibles y vienen a fundamentar, lo que adelante, es a mi criterio, la necesidad de aplicar el sistema regulatorio de manera exhaustiva, integrada y articulada respecto de las normas de protección ambiental, la regulación minera y la participación social, de tal manera que permita generar seguridad jurídica y ambiental y los consensos y licencias sociales necesarias para el desarrollo de esta actividad.

Este trabajo se organiza en cinco apartados. En la primera parte se recorre la regulación actual de la actividad minera amalgamando las últimas tres décadas de andamiaje legislativo donde se conjugan las normas protectoras de los recursos naturales y las garantías sumadas por los derechos ambientales. Se señalan los aspectos más relevantes de la regulación ambiental, tocando las normas de Presupuestos Mínimos y su transversalidad en la regulación minera y haciendo un relato desde el Pacto Federal Ambiental de 1993, pasando por la Ley General del Ambiente de 2002, el Nuevo Pacto Federal Minero de 2017 y la reciente aprobación del Acuerdo de Escazú en 2020. En la segunda parte, se analiza la regulación específica que le cabe a la actividad minera en el marco de la Ley General de Ambiente, respecto de los instrumentos y políticas de gestión ambiental, haciendo hincapié en la Evaluación de Impacto Ambiental como herramienta indispensable para prevenir desastres ecológicos y encauzar la conflictividad socioambiental. En la tercera parte, se trabaja a partir de las normas de presupuestos mínimos y su transversalidad en la actividad minera, deteniéndose en el ordenamiento ambiental del territorio, la participación pública y el acceso a la información como pilares centrales de la posibilidad de garantizar la vida en comunidades sostenibles. En este sentido, se vinculan los derechos de acceso y las regulaciones ambientales con los derechos de las comunidades originarias reconocidas a nivel nacional, regional e internacional. En la cuarta parte, la mirada se enfoca con mayor precisión a la actividad minera y sus



regulaciones específicas, para insistir en la necesidad de articular una coordinación interinstitucional que garantice no solo el derecho humano al ambiente sano de las generaciones presentes y futuras, sino también el fortalecimiento del andamiaje regulatorio en materia de protección del ambiente. Finalmente, la quinta parte de este trabajo se ocupa de la justicia ambiental como un mecanismo adecuado de resolución de conflictos socioambientales, a partir del análisis de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un caso de amparo ambiental planteado por comunidades originarias en las provincias de Jujuy y Salta.

1. La regulación actual de la actividad minera: de los recursos naturales a los derechos ambientales.

Jurídicamente, el litio es un mineral de primera categoría para el código de minería²⁸⁶, en tal sentido, pertenece al dominio privado del Estado, ya sea nacional o provincial²⁸⁷, como criterio federal bajo el que se establece la regulación.

Siguiendo la línea de nuestra carta federal, los gobiernos de las provincias, en el Artículo 124 de la Constitución Nacional establecen que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”, siendo aquí aplicable también el criterio del Código de Minería, que en su artículo 7° dice: “– Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”.

Por otra parte, en el marco del sistema federal, el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional sostiene respecto de la atribuciones del Congreso que le corresponde “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren

²⁸⁶ Art. 3° Ley N°1919. Código de Minería. Publicada en el B.O. 30/05/1997.

²⁸⁷ Art. 2° y 7° Ley N°1919. Código de Minería. Publicada en el B.O. 30/05/1997. Art. 7° – “Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias , según el territorio en que se encuentren”.



DECONOMI

bajo sus respectivas jurisdicciones”. En tal sentido la jurisdicción legislativa, dependiendo dónde se asiente el recurso, en territorio nacional o provincial, será el criterio que prevalezca para la explotación y uso del recurso.

En relación a la propiedad de los recursos minerales, el Código Civil y Comercial de la Nación unificado establece en el Capítulo de los Bienes con relación a las personas: “Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería” (artículo 236). En tal sentido, en cuanto las minas se consideran bienes, con relación a los derechos de incidencia colectiva que los alcancen el Código unificado en su artículo 241 manda que "cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”. Por esto, la protección del ambiente y los derechos de acceso informativos y participativos para la toma de decisiones en materia ambiental marcan el camino para el desarrollo adecuado de esta actividad.

Han transcurrido 30 años del Pacto Federal Ambiental suscripto por las autoridades nacionales, las 23 Provincias y la entonces Ciudad de Buenos Aires, que marcaron el rumbo de la sustentabilidad y las bases sobre las que se construye el andamiaje ambiental en nuestro país. En dicho marco y como pilar fundamental las autoridades declararon “Que la preservación, conservación mejoramiento y recuperación del ambiente son objetivos de acciones inminentes que han adquirido dramática actualidad, desde el momento en que **se ha tomado conciencia de que el desarrollo económico no puede estar desligado de la protección ambiental**”²⁸⁸.

Sin duda, el Pacto Federal Ambiental como antecedente de la cláusula constitucional ambiental introducida en la reforma del 1994, abre un nuevo escenario en materia ambiental que impone repensar las estructuras sobre las que funcionó y funciona actualmente la actividad minera y las herramientas introducidas por el derecho ambiental para el desarrollo de dicha actividad bajo criterios de sustentabilidad impuestos por la normativa ambiental,

²⁸⁸ Pacto Federal Ambiental. Publicada en el B.O. 5/7/1993. Subrayado de la autora.



DECONOMI

en el marco de un esquema jurídico que, como se desprende del artículo 41 de la Constitución Nacional, el derecho al ambiente sano adquiere reconocimiento constitucional²⁸⁹.

Con el Acuerdo Federal Minero, ratificado por la Ley N° 24.228 en 1993, se establece la necesidad de cumplimentar, tanto para la actividad pública como privada, una declaración de impacto ambiental para las tareas de prospección, exploración, explotación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de minerales. Esta decisión iba en consonancia con la proliferación normativa provincial respecto de esta herramienta de evaluación de impacto ambiental eminentemente preventiva²⁹⁰. Por su parte, el acuerdo federal establece la necesidad de destinar fondos para la investigación que lleve a un mayor desarrollo tecnológico y social en proyectos vinculados a la conservación del medio ambiente en la actividad minera.

Dice el artículo 282: “Los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente, sin sujeción a otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente. La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural en el ámbito de la actividad minera quedarán sujetas

²⁸⁹ Nonna, Silvia. La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 N°47, 2017. Disponible en línea en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4206/3972>. López Alfonsín, Marcelo. El Acuerdo de Escazú: significado, posibilidades y riesgo. Videoconferencia *El Acuerdo de Escazú: significado, posibilidades y riesgo*, organizado por el CEDAF. Derecho al día. Año XX Edición 351. 25/3/2021. Disponible en línea en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/el-acuerdo-de-escazu-significado-posibilidades-y-riesgos/+8250>. El autor interpreta allí que en la Argentina, el acceso a la información pública en materia ambiental, la participación ciudadana y el acceso a la justicia pasan a ser constitucionalmente reconocidos con la reforma de 1994.

²⁹⁰ En este sentido, cada jurisdicción local cuenta con normativa de EIA o de Evaluación Ambiental Estratégica en algunos casos. Buenos Aires Ley N° 11.459 (actividades industriales) y Ley N° 11.723 (actividades no industriales); Ciudad de Buenos Aires Ley N° 123, Ley N° 452 (modif.) Ley N° 6.014 incorporado por TO Ley N° 6.347; Ley N° 2.216 Catamarca Ley N° 5.070; Chaco N° 23.964 y N°5.562; Chubut Ley N° 4032 (ley general de ambiente); Córdoba Ley N° 7.343 Corrientes; Ley N° 5.067 modificada por la Ley N° 5.517; Entre Ríos Ley N° 8.757; Formosa Ley N° 1.060; Jujuy Ley N° 5.063; La Pampa Ley N° 1.914; La Rioja Ley N° 7.801 modificada por la Ley 8.355; Mendoza Ley N° 5.961; Misiones Ley 3970 - Resolución 413/02 (en proceso de modificación); Neuquén Ley N° 1.875- T.O Ley N° 2.267; Río Negro Ley N° 3.266 (mod. por Ley N° 3.335); Salta Ley N° 7.070; San Juan Ley N° 6.571 - Ley N° 6.800 (modificatoria), Ley N° 7.585 (modificatoria); San Luís Ley N° 5.421; Ley N° 5.690; Santa Cruz Ley N° 2.658 (mod. por Ley N° 2.792); Santa Fe Ley N° 11.717; Santiago del Estero Ley N° 6.321, 6.841 (EIA áreas forestales); Tierra del Fuego Ley N° 55; Tucumán Ley N° 6.253.



DECONOMI

a las disposiciones del título complementario y a las que oportunamente se establezcan en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional²⁹¹.

En dicho contexto señaló la Corte de Justicia de la Nación que el eje de la decisión final en materia de explotación minera no es la concesión legal mediante el cual el art. 10 del Código de Minería establece la propiedad particular de las minas, sino que su explotación está supeditada a la decisión minero-ambiental de la autoridad local²⁹². Es así que bajo este criterio, el art. 282 sección segunda del Código de Minería modificado por la Ley N° 24.585²⁹³ resulta una norma de protección ambiental en el marco del tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional dónde las provincias pueden complementar la protección, pero en ningún caso ir por debajo de los umbrales de protección.

Por su parte, bajo el esquema de los presupuestos mínimos de protección ambiental, corresponde a la Nación dictar dichas normas mientras que las provincias pueden complementar los esquemas de protección tomando como base dicho piso inderogable y de aplicación local efectiva en las jurisdicciones locales.

Todo este marco regulador de presupuestos mínimos tiene disposiciones que se aplican directamente sobre ciertos aspectos de la actividad minera, siendo necesario armonizar los esquemas de protección ambiental receptados bajo el esquema constitucional derivado del art. 41 de la Constitución Nacional, del derecho a derecho a vivir en un ambiente sano, apto para el desarrollo humano y la obligación de preservar el ambiente.

Por ello, se le impone a las autoridades mineras la obligación de proveer a la protección de este derecho, atendiendo a la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la

²⁹¹ Ley N°24.585. Código de Minería. Publicada en el B.O. 24/11/1995.

²⁹² Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y Otros. Sentencia de la SCJN del 17/04/2007. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-villivar-silvana-noemi-provincia-chubut-otros-fa07000219-2007-04-17/123456789-912-0007-0ots-eupmocsollaf#>

²⁹³ Ley N°24.585. Código de Minería. Publicada en el B.O. 24/11/1995.



diversidad biológica, y a la información y educación ambientales, como herramientas fundamentales de raigambre constitucional.

El criterio sectorial ambiental-minero entonces, es adicional a las normas de protección ambiental generales, es decir, de los esquemas de presupuestos mínimos.

2. La Evaluación de Impacto Ambiental como herramienta preventiva en la actividad minera

El andamiaje sobre el que se construye la regulación ambiental es eminentemente preventivo.

Estas herramientas preventivas fundamentales aplicables a la producción de bienes y servicios, definidas por la Ley N° 25.675 General del Ambiente²⁹⁴ (en adelante LGA) como presupuesto mínimo, son aquellas que resultan necesarias e imprescindibles abordar de manera previa a cualquier actividad que se quiera desarrollar, en la medida en que resultan requisito habilitante para que pueda pensarse y diseñarse una política extractiva de litio en Argentina.

Resulta oportuno recordar la textualidad del principio de prevención aquí: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” (art. 4 LGA).

Así lo resolvió la CSJN en el fallo Agua Rica en relación con la protección ambiental: es importante señalar que “en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una

²⁹⁴ Ley N°25.675. Ley General de Ambiente. Publicada en el B.O. 28/11/2002.



DECONOMI

instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana”²⁹⁵.

Como herramienta de gestión preventiva, es necesario posarnos sobre la evaluación de impacto ambiental como procedimiento técnico administrativo ejercido por la autoridad ambiental, en el lugar dónde se va a desarrollar previo a su ejecución, a fin de evaluar qué pudiera de “degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa” (art. 11 LGA). Se considera un presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la república.

Sus pautas básicas en los términos de los artículos 11, 12 y 13 LGA, parten de iniciar con una declaración jurada de parte de las personas físicas o jurídicas, en la que manifiesten si las obras o actividades afectarán el ambiente o la calidad de vida de la población. Las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y emitir una declaración de impacto ambiental (DIA) en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados.

El Código de Minería (en adelante CM) es bastante consecuente con este formato administrativo. En el art. 251 establece que los responsables comprendidos en el artículo 248 deberán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el art. 249, un Informe de Impacto Ambiental. La autoridad de aplicación podrá prestar asesoramiento a los pequeños productores para la elaboración de este informe.

Si bien los requisitos mínimos de un procedimiento técnico administrativo de evaluación de impacto ambiental están establecidos en el art. 13 LGA, y son susceptibles de ser complementados por la regulación local como vimos, en todo aquello que se entienda como más protectorio, y no incluido en la norma complementada, es importante tener en cuenta que el CM establece en el art. 253 un mayor detalle para este procedimiento en la actividad. Es así que

²⁹⁵ Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ Acción de amparo. Sentencia de la SCJN del 02/03/2016. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-martinez-sergio-raul-agua-rica-llc-suc-argentina-su-propietaria-yamana-gold-inc-otros-accion-amparo-fa16000033-2016-03-02/123456789-330-0006-1ots-eupmocsollaf?>



DECONOMI

señala que el Informe de Impacto Ambiental para la etapa de prospección deberá contener el tipo de acciones a desarrollar y el eventual riesgo de impacto ambiental que las mismas pudieran acarrear. Para la etapa de exploración el citado Informe deberá contener una descripción de los métodos a emplear y las medidas de protección ambiental que resultaren necesarias. En las etapas mencionadas precedentemente será necesaria la previa aprobación del Informe por parte de la autoridad de aplicación para el inicio de las actividades, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Artículo 248 por los daños que se pudieran ocasionar.

El informe de Impacto Ambiental según el art. 262 del CM debe incluir:

- a) La ubicación y descripción ambiental del área de influencia.
- b) La descripción del proyecto minero.
- c) Las eventuales modificaciones sobre suelo, agua, atmósfera, flora y fauna, relieve y ámbito sociocultural.
- d) Las medidas de prevención, mitigación, rehabilitación, restauración o recomposición del medio alterado, según correspondiere.
- e) Métodos utilizados.

Al igual que lo previsto en el art. 11 LGA, la autoridad de aplicación evaluará el informe de impacto ambiental recibido y se pronunciará por la aprobación mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para cada una de las etapas del proyecto o de implementación efectiva (art. 252 CM). Pero impone un plazo de 60 días hábiles desde que el particular presenta el estudio, para que la autoridad de aplicación se expida aprobando o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental (art. 254 CM).

Los equipos, instalaciones, sistemas, acciones y actividades de prevención, mitigación, rehabilitación, restauración o recomposición ambiental, consignadas por el responsable e incluidas en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) constituirán obligación del responsable y serán susceptibles de fiscalización de cumplimiento por parte de la autoridad de aplicación (art. 258 CM). Este punto vinculado al poder de policía ambiental es uno de los fundamentales en términos de articulación institucional, sobre todo por la



DECONOMI

afectación del suelo, el agua y la biodiversidad que se produce en torno a esta actividad, donde incluso es necesario controlar y monitorear de forma conjunta y permanente con la autoridad ambiental. Además, se establece que la DIA será actualizada máximo en forma bianual, debiéndose presentar un informe conteniendo los resultados de las acciones de protección ambiental ejecutadas, así como de los hechos nuevos que se hubieren producido (art. 256 CM).

La autoridad de aplicación, en el caso de producirse desajustes entre los resultados efectivamente alcanzados y los esperados según la DIA, dispondrá la introducción de modificaciones, atendiendo la existencia de nuevos conocimientos acerca del comportamiento de los ecosistemas afectados y las acciones tendientes a una mayor eficiencia para la protección del área de influencia de la actividad (art. 257 CM).

La complementación local, sostiene la sentencia comentada de la SCJN “Villivar”, “implica aquella exigencia o requisito no comprendido en la legislación complementada”. Así, sostuvo que la ley provincial N° 4.032/1994 de la Provincia de Chubut “que establece que los proyectos, actividades y obras, públicos y privados capaces de degradar el ambiente deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en todas sus etapas” se encuentra en línea con el CM y con el art. 11 de la LGA. Las provincias, remata la Corte, podrán dictar las normas complementarias, admitiendo la posibilidad de que éstas agreguen nuevas exigencias o requisitos²⁹⁶.

En este sentido, el principio de congruencia (art. 4 LGA) indica, a modo de pirámide de Kelsen, que la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental debe ser adecuada a los principios y normas fijadas en el marco general y, en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga. En igual sentido, pero ampliando el alcance y el efecto legal el art. 3 de la LGA, señala que sus disposiciones son de orden público y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la

²⁹⁶ Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y Otros. Sentencia de la SCJN del 17/04/2007. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-villivar-silvana-noemi-provincia-chubut-otros-fa07000219-2007-04-17/123456789-912-0007-0ots-eupmocsollaf#>



materia, la cual mantiene su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en su texto.

En tal sentido, se dispone en el caso que venimos mencionando, “de manera urgente la paralización de toda obra, acto o hecho a ejecutarse en el emprendimiento minero Cordón Esquel por parte de la minera El Desquite S.A., así como la prohibición de ejecutar nuevas obras, actos o hechos relacionados con ello en cualquiera de las etapas del proyecto hasta tanto se dé cabal cumplimiento con lo establecido por los arts. 6º, 7º y concordantes de la Ley 4.032²⁹⁷ y arts. 17, 19 y 220 del Decreto 1153/95”²⁹⁸.

Esta herramienta preventiva, receptada en la regulación local y nacional y en la jurisprudencia como requisito ineludible, también ha tenido en el derecho regional su anclaje específico en el marco convencional internacional regional. Por caso, el Acuerdo de Escazú sobre acceso a la información, la participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales²⁹⁹.

Es en Escazú, donde además incluir la evaluación de impacto ambiental, también se recepta la herramienta de **evaluación de impacto acumulativo**³⁰⁰, figura que si bien no se encuentra regulada en la Ley General del Ambiente, es una herramienta que propone analizar de manera integrada cada una de las autorizaciones producidas en sede administrativa que evaluadas en forma separa parecieran no tener un impacto ambiental significativo o relevante, pero que en la sumatoria de todas esas autorizaciones individuales, es decir en el impacto acumulado, puede generar sobre el ambiente un impacto ambiental que pueda producir un daño irreversible.

²⁹⁷ Ley N°4.032. Evaluación de Impacto Ambiental de la Provincia de Chubut. Publicada en el B.O. 30/11/1994.

²⁹⁸ Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y Otros. Sentencia de la SCJN del 17/04/2007. Disponible en línea en: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-villivar-silvana-noemi-provincia-chubut-otros-fa07000219-2007-04-17/123456789-912-0007-0ots-eupmocsollaf#>

²⁹⁹ Ley N°27.566. Aprobación del Acuerdo de Escazú. Publicada en B.O. 19/10/2020.

³⁰⁰ En el art. 7 Sobre participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, en particular el artículo 17.b se refiere a la información que debe plantearse de forma pública, además de incluir los impactos ambientales sobre la actividad, específicamente se refiere al impacto acumulativo en caso de corresponder.



DECONOMI

En este sentido, también entendió la CSJN en el fallo Dino Salas, que la perspectiva de analizar acumulativamente impactos es una herramienta necesaria y adecuada de justicia ambiental³⁰¹.

Precisamente allí se plantea que “la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. El estudio referido deberá ser realizado por la Provincia de Salta, en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada”³⁰².

En igual sentido, el tema del impacto acumulado ha sido abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC 23/17³⁰³. En dicho marco la Corte regional ha señalado que “el estudio de impacto ambiental debe abarcar el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hubieran sido propuestos. En este sentido, si un proyecto está relacionado a otro, como por ejemplo, la construcción de una carretera para dar acceso, el estudio de impacto ambiental debe tomar en cuenta el impacto del proyecto principal y de los proyectos asociados. Asimismo, se debe tomar en cuenta el impacto causado por otros proyectos existentes. Este análisis permite concluir de una manera más certera si los

³⁰¹ En el fallo Dino Salas se ordenó de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia de Salta, pues se configura una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras, perjuicio que de producirse sería irreversible. Salas, Dino y otros c/Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo. Sentencia de la SCJN del 26/3/2009. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacionalamparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf>

³⁰² Salas, Dino y otros c/Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo. Sentencia de la SCJN del 26/3/2009. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacionalamparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf>

³⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 23/2017 solicitada por la República de Colombia. 15/11/2017.



efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras implican un riesgo de daño significativo”.

Como hemos visto hasta acá, la actividad minera ha pasado por distintas etapas desde su regulación como recurso natural explotable racionalmente, hasta llegar a las normas de protección ambiental que la han complementado de manera específica, incluyendo los derechos de incidencia colectiva en el plano de su re-discusión.

Veamos ahora cómo las normas de presupuesto mínimos tienen efectos concretos y expansivos sobre la actividad extractiva del litio que se aplican directamente y que de alguna forma implican limitaciones a los esquemas tradicionales.

En tal sentido, no podemos dejar de mencionar que aquí cambia el objeto de regulación, entramos en el plano de los derechos de incidencia colectiva que por supuesto tienen como requisito indispensable la participación pública en los procesos de toma de decisión sobre lo que ocurre en los territorios y como límite claro la protección del ambiente.

3. Las normas de Presupuestos Mínimos y su transversalidad en la regulación minera

En línea con la obligación constitucional de proteger el ambiente y bajo el esquema de los presupuestos mínimos de protección ambiental se han desprendido del artículo 41 CN distintas normativas sectoriales que de alguna manera se expanden y alcanzan en términos de aplicación local y que repercuten de manera directa sobre la actividad minera del litio. En particular se comentan algunas de las herramientas específicas aplicables a la actividad minera y a otras actividades en general de la Ley General del Ambiente N° 25.675³⁰⁴, pero en este capítulo conviene ampliar el análisis.

Señalemos que esta ley marco establece la política ambiental nacional y que sus principios y disposiciones funcionan a modo de fuero de

³⁰⁴ Ley N°25.675. Ley General de Ambiente. Publicada en el B.O. 28/11/2002.



DECONOMI

atracción de la regulación sectorial que pueda tener impacto sobre el ambiente, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones de orden público contenidas en la LGA.³⁰⁵

Resulta oportuno mencionar que esta ley va a tener un efecto expansivo sobre la actividad minera en particular. Además de las herramientas puntuales aplicables, tiene todo un capítulo sobre daño ambiental de incidencia colectiva, responsabilidad y recomposición del ambiente, que se desprende de la cláusula 41 de la Constitución Nacional en términos de garantía constitucional de protección ambiental.

También cuenta con principios rectores que sirven para interpretar y aplicar a la actividad minera del litio. Va a definir la competencia judicial respecto de los alcances de sus disposiciones y va a contener puntos relevantes sobre acceso a la información pública ambiental y esquemas de participación ciudadana en los procesos de toma de decisión sobre asuntos ambientales.

La LGA reserva un capítulo al daño ambiental de incidencia colectiva, que resulta el régimen aplicable para los problemas, pasivos y daños ambientales generados por esta actividad.

Entre los instrumentos de política y gestión ambiental, el **ordenamiento ambiental del territorio** (OAT) receptado en el artículo 9 de la LGA también insiste en la coordinación interjurisdiccional y la articulación de la normativa ambiental a distintos niveles. En términos generales, implica repensar los territorios desde una óptica integral (teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos) bajo una lente de protección ambiental. En tal sentido, supone desarrollar “la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública”.

³⁰⁵ Según el artículo 3 de la Ley N°25.675. Ley General de Ambiente. Publicada en el B.O. 28/11/2002.



DECONOMI

Este ordenamiento, entendido en términos de política pública, debe asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos naturales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable (art. 10 LGA). Además, el OAT en referencia a la actividad minera debe considerar en forma prioritaria la vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica, así como la naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas y la protección de los ecosistemas significativos. En los salares donde se encuentran los minerales y el litio deben considerarse las características particulares de estos territorios y sobre todo tener en cuenta el riesgo de salinización del agua dulce como una de las consecuencias de esta actividad en este bioma en particular.

En general, estos esquemas de OAT, requieren de normas locales particulares y complementarias en los términos del tercer párrafo del art. 41 de la CN, respecto de las distintas actividades susceptibles de emplazar en los territorios, lo cual supone definir junto con las comunidades locales qué tipo de minería desea desarrollarse y en qué condiciones resultan factibles. Tal fue el caso del fallo de la CSJN en el caso Villibar, que se encuentra en sintonía con el criterio de validez de la norma local, respecto de la prohibición de la actividad minera a cielo abierto.

Al entrar en el plano de los derechos de incidencia colectiva, el derecho ambiental propone condiciones democratizantes respecto de los procesos de toma de decisión: se trata de propiciar **la participación pública para garantizar comunidades sostenibles**. En tal sentido, el art. 19 de la LGA establece que toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular y de alcance general. Así, las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Si bien, la opinión u objeción de los participantes no son vinculantes



DECONOMI

para las autoridades convocantes, en caso que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública (art. 20 LGA).

En este punto, y tratándose de la afectación de derechos colectivos, se impone como requisito, los esquemas de participación ciudadana en el proceso de toma de decisión sobre aquellas actividades que puedan afectar el ambiente. En consonancia con el Acuerdo de Escazú, la LGA en el art. 21 impone como requisito previo, dentro del procedimiento técnico administrativo de evaluación de impacto ambiental, la participación ciudadana. En tal sentido, dice el art. 20° de la LGA dispone que “Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública”.

Cabe subrayar aquí el criterio establecido en los autos “Villivar, Silvana Noemí c/Provincia de Chubut y otros s/ Amparo” que -como dijimos- admitió el amparo ambiental y condenó a paralizar los trabajos de exploración y explotación de la mina hasta tanto la autoridad provincial de aplicación convocara a la audiencia pública prevista en el art. 6° de la Ley N° 4.032 del Chubut y se pronunciara expresamente con respecto al estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera. En tal sentido, afirma allí la Corte Federal que “del cotejo de las normas provinciales y nacionales invocadas no se advierte de qué modo y en qué medida la exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigido en los arts. 6 y 7 de la ley provincial 4.032 antes del inicio de las actividades, vendría a contradecir lo previsto por las leyes nacionales 24.585 y 25.675” -y agrega- “dictadas con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional”.

Dicho Acuerdo cuenta con una robusta regulación sobre la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales. Dice en particular el art. 7. Inc. 2, que cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones,



DECONOMI

reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud. Así, Escazú plantea que “Cada Parte establecerá las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales se adecue a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público” (art. 7 inc. 10); que “Cuando el público directamente afectado hable mayoritariamente idiomas distintos a los oficiales, la autoridad pública velará por que se facilite su comprensión y participación” (art. 7 inc. 11) y que “Cada Parte alentará el establecimiento de espacios apropiados de consulta en asuntos ambientales o el uso de los ya existentes, en los que puedan participar distintos grupos y sectores. Cada Parte promoverá la valoración del conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes, cuando corresponda” (art. 7 inc. 13).

En línea con los derechos de acceso, ya vimos la participación pública recepcionada en el art. 7 del Acuerdo. Es así que se deben adoptar medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos. A tal efecto, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones. Este punto se vincula directamente con las exigencias que la Ley N° 25.831 de Información Pública Ambiental, que impone al estado y a las empresas que presten servicios públicos, como sujetos obligados a brindar información sobre el estado del ambiente³⁰⁶.

El derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluirá la oportunidad de presentar observaciones por medios apropiados y disponibles, conforme a las circunstancias del proceso. Antes de la adopción de la decisión, la autoridad pública que corresponda tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación. Al igual que en

³⁰⁶ Ley N°25.831. Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental. Publicada en el B.O. 7/01/2004.



DECONOMI

la Ley N° 25.675, se impone la participación ciudadana en los procesos de toma de decisión sobre aquellas actividades que puedan afectar el ambiente.

Además, en línea con nuestra Constitución Nacional que reconoce el derecho de los pueblos originarios sobre sus territorios y en particular en la implementación del Acuerdo de Escazú, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Este reconocimiento de los derechos de las comunidades originarias que acerca Escazú remonta su genealogía dos décadas atrás, con la ratificación argentina en el año 2000 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que enfatizó el derecho a la autodeterminación y el autogobierno de los pueblos indígenas, el reconocimiento de su soberanía sobre los territorios que habitan, su propiedad de los recursos naturales, incluyendo los del subsuelo, y el derecho de consulta previa como un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos.

La Ley N° 24.071 estableció en su art. 7 inc. 1 que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Además, los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan³⁰⁷.

En particular, dicho acuerdo garantiza los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, que deberán protegerse especialmente (art. 15 inc. 1.). Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos y, en caso de que pertenezca al Estado la

³⁰⁷ Ley N°24.071. Aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Publicada en B.O. 20/04/1992.



DECONOMI

propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Considerando además que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

En este sentido, es claro que la incorporación a nuestro andamiaje legal del derecho al ambiente sano como derecho humano es contemporáneo a (y se encuentra históricamente imbricado con) el reconocimiento de los derechos de las comunidades originarias.

La actividad minera vinculada al litio cruza directamente los territorios de comunidades indígenas y esta realidad no solo no puede desconocerse, sino que debe integrarse como variable de análisis. En particular resulta relevante el punto analizado en la OC 23/17 que específicamente menciona en “casos de proyectos que puedan afectar el territorio de comunidades indígenas, los estudios de impacto ambiental y social deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En este sentido, es necesario tomar en cuenta la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio. Es preciso proteger esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”³⁰⁸. En este sentido, el desafío está en la posibilidad

³⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N°23/2017 solicitada por la República de Colombia. 15/11/2017.



de construir consenso: hoy no alcanza con el cumplimiento de la formalidad de la participación pública en la toma de decisiones en materia ambiental, sino que se vuelve perentorio construir acuerdos que partan del reconocimiento de los derechos de las comunidades originarias, con el objetivo de lograr los consensos necesarios y la licencia social para pensar en la actividad minera del litio.

La **Ley de Acceso a la Información Pública Ambiental N° 25.831**³⁰⁹, establece los criterios básicos para gestionar información en poder del Estado. Es una herramienta clave que permite conocer la información necesaria y que resulta catalizadora para el ejercicio de otros derechos vinculados a la protección del ambiente.

Así, el Acuerdo de Escazú establece que con el objeto de facilitar que las personas o grupos en situación de vulnerabilidad accedan a la información que particularmente les afecte, cada Parte procurará, cuando corresponda, que las autoridades competentes divulguen la información ambiental en los diversos idiomas usados en el país, y elaboren formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, por medio de canales de comunicación adecuados. A su vez, el Acuerdo señala que se requiere una actitud activa a cargo del estado para identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y que promoverá acciones específicas para facilitar su participación.

De acuerdo a Escazú, el acceso la información resulta un aspecto clave, al igual que las leyes de presupuestos mínimos , por lo que la generación y divulgación de la información de manera adecuada supone incluir, entre otros aspectos, “h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas”. En particular el artículo 6 inc. 9 impone a los estados promover “el acceso a la información ambiental contenida en las concesiones, contratos, convenios o autorizaciones que se hayan otorgado y que involucren el uso de bienes, servicios o recursos públicos, de acuerdo con la legislación nacional”.

³⁰⁹ Ley N°25.831. Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental. Publicada en el B.O. 7/01/2004.



DECONOMI

Además, el Código de Minería deja en cabeza de cada jurisdicción local la definición de la autoridad de aplicación, que es quien tiene a su cargo el cumplimiento de la regulación (art. 250). Si atendemos a los esquemas de acceso a la información pública ambiental, receptados por la Ley N° 25.831 de Presupuestos Mínimos sobre actividades que puedan afectar el ambiente, recae también sobre la autoridad de aplicación minera en este caso. En tal sentido, el Código de Minería en el art. 268 impone a la autoridad de aplicación la obligación de proporcionar información a quien lo solicite respecto de la aplicación de las disposiciones de la Sección ambiental de dicho código.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar la **Ley N° 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas**. Si bien es una de las primeras leyes dictadas bajo el esquema de los presupuestos mínimos, no ha tenido una implementación efectiva y tampoco se ha reglamentado. No obstante, recientemente ha sido puesta en sobre la mesa como herramienta legal en el planteamiento de la demanda de la “Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, vinculado con el criterio de unicidad en la cuenca hídrica y el uso del agua de la actividad minera, en particular, en cuanto al riesgo de salinización del agua dulce a partir de la perforación de los acuíferos en el proceso de extracción del litio. Es así que de acuerdo con lo planteado por la actora, “estaría en cuestión un recurso natural interjurisdiccional y, según la ley 25.688 de Recursos Hídricos, ambas provincias deben establecer una gestión conjunta, integral de toda la cuenca, pues su art. 4° crea los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas”³¹⁰.

Además en el demanda señalan que “sin perjuicio de las características propias de cada cuenca, esta actividad ya se está llevando a cabo en la cuenca de Olaroz, arrojando como resultado -según un estudio que acompañan-, que la extracción de litio está reduciendo los acuíferos dulces de la

³¹⁰ Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ Amparo ambiental. Sentencia de la SCJN del 28/03/2023. Disponible en línea en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90704-csjn-proteccion-del-ambiente-limite-explotacion-minera>



DECONOMI

mencionada cuenca, dado que al bajar el agua salada debajo del salar, el agua dulce penetra y se saliniza.”

Cabe aquí una consideración en relación con el uso del recurso hídrico que se da en la actividad minera: es necesario el cumplimiento de la normativa local, pero sin duda, también es un requisito ineludible la gestión ambiental compartida en términos de cuencas hídricas interjurisdiccionales. En tal sentido la Ley establece que “las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”³¹¹ y bajo este contexto, el uso del recurso hídrico en la actividad minera, además requiere de una aplicación del criterio *in dubio pro aqua* donde las leyes deben ser interpretadas y aplicadas del modo más favorable para la protección del recurso.

Además, la **Ley N° 26.331 de Protección Ambiental del Bosque Nativo** se suma a las normas de presupuestos mínimos que imponen restricciones al desarrollo de ciertas actividades en las zonas de protección en función del ordenamiento territorial del bosque nativo entre las que por supuesto se ve alcanzada la actividad minera en tanto se proyecte dentro de las categorías de conservación de los bosques nativos.

La Ley separa tres categorías posibles, yendo de los niveles de mayor a menor conservación que pueden transformarse parcialmente o en su totalidad aunque dentro de los criterios de la ley. La Categoría I (rojo) está conformada por sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse y ameritan su persistencia como bosque a perpetuidad. La Categoría II (amarillo) son sectores de mediano valor de conservación, que pueden estar degradados pero que a juicio de la autoridad de aplicación jurisdiccional pueden tener un valor alto de conservación y que podrán ser de aprovechamiento sostenible, turismo, recolección e investigación científica. En ambas categorías queda excluida la actividad minera del litio, que solo tendría lugar en la Categoría III (verde).

También hay que considerar la **Ley N° 26.639 de Presupuestos Mínimos para la preservación de Glaciares y del Ambiente Periglacial**, que

³¹¹ Artículo 3 de la Ley N°25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Publicada en B.O. 3/01/2003.



DECONOMI

al igual que la de bosque nativo establece un sistema de inventario nacional de en este caso de glaciares que se transforma en una línea de base sobre la cuál se asienta la regulación y las restricciones a ciertas actividades.

En los glaciares quedan prohibidas ciertas actividades que puedan afectar su condición natural o las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular entre las actividades prohibidas el artículo 6 inc. c) incluye la exploración y explotación minera e hidrocarburífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial, entre otras actividades restringidas.

Por último, pero no menos importante, no podemos dejar de mencionar la **Ley N° 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global**³¹². Entre los objetivos planteados en esta ley podemos destacar el de asistir y promover el desarrollo de estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país. En línea con los compromisos asumidos a nivel internacional en el marco del Acuerdo de París en términos de reducción de emisiones, es que las actividades productivas deben pasar por el tamiz de legalidad que imponen dichos compromisos³¹³.

Por su parte, el artículo 4° establece los principios que rigen las políticas públicas en materia adaptación y mitigación al cambio climático, entre los que podemos destacar el criterio de **Transversalidad del Cambio Climático en las políticas de Estado**. Es así que se deberá considerar e integrar todas las acciones públicas y privadas, así como contemplar y contabilizar el impacto que provocan las acciones, medidas, programas y emprendimientos en el Cambio Climático.

Además dentro del Gabinete Interministerial de Cambio Climático, se incluye a la Secretaría Nacional de Minería, entre otras áreas sustantivas para la implementación del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático.

³¹² Ley N°27.520. Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global. Publicada en B.O. 20/12/2019.

³¹³ Ley N°27.270. Aprobación del Acuerdo de Paris. Publicada en B.O. 19/09/2016.



4. La política minera y la coordinación interinstitucional: actores sociales, debates necesarios y concertación política

Tal como se señaló más arriba, el Pacto Federal Ambiental³¹⁴ fue el puntapié inicial de un andamiaje jurídico cuya doctrina reafirma el compromiso con el derecho humano al ambiente sano y el espíritu y la acción federal en materia de recursos naturales y ambiente. En tal sentido, se acuerda “promover políticas ambientalmente adecuadas en todo el territorio nacional”.

Asimismo, el Pacto plantea la importancia de la temática en términos de política pública ambiental y de la institucionalidad necesaria para contener las actividades que impactan sobre el ambiente, en términos de la coordinación de las distintas áreas administrativas sustantivas que requieren de una coordinación efectiva pero bajo un criterio general y con mirada transversal sobre la protección del ambiente. En tal sentido, sostiene el Pacto como criterio “Promover a nivel provincial la unificación y/o coordinación de todos los organismos que se relacionen con la temática ambiental, concentrando en el máximo nivel posible la fijación de las políticas de recursos naturales y medio ambiente”, entendiendo que hacia allí deberemos tender a considerar cualquier actividad económica que quiera proyectarse en los territorios.

En tal sentido, es fundamental la articulación que pueda establecerse entre la autoridad de aplicación de la actividad minera y el área ambiental, sobre todo respecto de cuatro grandes asuntos:

(i) en relación la evaluación del impacto ambiental previa al desarrollo de la actividad como condición habilitante;

(ii) en relación a la autorización de actividades, que atiendan a las restricciones contenidas en el esquema de presupuestos mínimos (por ejemplo, en materia de conservación del bosque nativo, en función del ordenamiento territorial, en las limitaciones a ciertas actividades impuestas en el ambiente glaciar o periglaciar o por la afectación a un recurso hídrico interjurisdiccional);

³¹⁴ Pacto Federal Ambiental. Publicada en el B.O. 5/7/1993.



DECONOMI

- (iii) en relación a la gestión de residuos;
- (iv) los compromisos de reducción de emisiones asumidos por la Argentina.

En este punto, es preciso señalar que en 2017, mediante el Nuevo Acuerdo Federal Minero, se traza un nuevo punto de partida de la idea de la articulación y la concertación para los aspectos de la gestión ambiental de la minería.

En tal sentido, cabe señalar que el Capítulo III, que regula la Gestión Ambiental Minera, establece que las partes “coordinarán sus acciones en materia ambiental minera, compartiendo entre sí información en forma libre, transparente y oportuna”³¹⁵. Asimismo, el Consejo Federal de Minería (COFEMIN) invita al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) a trabajar en forma coordinada, a fin de debatir sobre instrumentos de política y gestión ambiental en la actividad minera en relación con, entre otros, los siguientes ítems:

- a) protocolos de buenas prácticas;
- b) análisis y gestión de riesgos;
- c) sistemas de control ambiental;
- d) protocolos de acción ante la ocurrencia de incidentes;
- e) desarrollo de programas y proyectos de investigación;
- f) asistencia técnica y asesoramiento a las jurisdicciones;
- g) monitoreos de la calidad del agua, aire y suelo, a fin de que sean integrados en una plataforma de información ambiental de alcance nacional;
- h) generación de información geo-referenciada;
- i) establecimiento de líneas de base ambientales, sociales y económicas;
- j) régimen de participación ciudadana;
- k) planes de análisis territorial y de ordenamiento ambiental del territorio;

³¹⁵ Nuevo Acuerdo Federal Minero. 13/6/2017. Presidencia de la Nación.



DECONOMI

l) fortalecimiento del ejercicio del poder de policía provincial respecto de las actividades a ser desarrolladas en zonas que incluyan glaciares y ambiente periglacial, mediante instrumentos de control y fiscalización, evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica y auditorías ambientales;

m) estudios sobre diseño y estructura de ingeniería de diques de cola y secos;

n) garantías para el financiamiento de actividades de recomposición ambiental y

acciones de reparación;

ñ) gestión de pasivos ambientales pretéritos, estériles y residuos mineros;

o) contribución de la minería a la incorporación de energías renovables; y

p) desarrollo de planes y programas de evaluación ambiental estratégica.

Todos estos temas requieren de articulación de la normativa de gestión ambiental y minera para identificar marcos regulatorios adecuados de prevención y mitigación de los impactos que produce esta actividad, basados en un trabajo de coordinación, diálogo y cooperación de las áreas sustantivas para una implementación efectiva.

El Nuevo Acuerdo Federal Minero sienta bases interpretativas de aplicación legal en el punto 10.3, cuando define que “sin perjuicio de las atribuciones otorgadas por los respectivos marcos regulatorios, las Provincias promoverán un proceso de articulación con las correspondientes autoridades ambientales, con el objeto de tender a un esquema de competencias coordinadas que contribuya a hacer más efectivo el rol del Estado en materia de control y fiscalización ambiental”. Es así que es necesario pasar de la concertación a la coordinación efectiva. Todas estas herramientas tuitivas y de gestión ambiental sólo tienen sentido si se ven reflejadas en concreto sobre los territorios, es decir si resultan eficaces para proteger el ambiente.



DECONOMI

Pero lo cierto es que cada vez son más los ambientes degradados, las aguas contaminadas y el colapso ecosistémico. Si bien el derecho ambiental se ve cada vez más prolífico en los textos normativos, es más raquítrico en su aplicación efectiva³¹⁶. Es así que se produce un abismo entre lo que ocurre en los territorios y sus comunidades y aquello que las normas ambientales intentan regular en términos de protección ambiental.

Este sistema queda raquítrico en su aplicación si no cuenta con una institucionalidad adecuada, con instrumentos efectivos y eficaces para contener las actividades que se desarrollen dentro de los parámetros de sustentabilidad. Estos son los límites.

Entiendo que el derecho ambiental atraviesa de manera indiscutible la actividad minera y el desafío está en llevar a la práctica la caja de herramientas disponible para proteger el ambiente y vivir en comunidades sostenibles.

En este marco, se han propiciado distintas modificaciones normativas: existen en la actualidad más de 20 proyectos de ley presentados que intentan regular el tema³¹⁷. Algunos de ellos mantienen en términos generales el criterio federal respecto del recurso, mientras que otros han intentado modificaciones más radicales.

³¹⁶ Lucca, Rita. Entrevista a Dino Bellorio Clabot. “Se dice que el Derecho Ambiental padece de un raquitismo de eficiencia y de eficacia”. Diario Judicial. 20/4/2015. Disponible en línea en: <https://www.diariojudicial.com/news-72388-se-dice-que-el-derecho-ambiental-padece-un-raquitismo-de-eficiencia-y-de-eficacia>

³¹⁷ Solo por mencionar algunos proyecto que actualmente tienen estado parlamentario o han sido tratados en los últimos años: Expediente Diputados: 1862-D-2023 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 47 Fecha: 04/05/2023 DECLARASE RECURSOS MINERALES DE IMPORTANCIA ECONÓMICA ESTRATÉGICA A LAS RESERVAS DE LITIO EXISTENTES EN EL TERRITORIO NACIONAL. Expediente Diputados: 1794-D-2023 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 44 Fecha: 28/04/2023 DECLARASE DE INTERÉS PÚBLICO Y ESTRATÉGICO NACIONAL LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA EXPLOTACIÓN DEL LITIO. CREACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE MINERALES ESTRATÉGICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Expediente Diputados: 1058-D-2023 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 22 Fecha: 27/03/2023 DECLARAR COMO RECURSO NATURAL ESTRATÉGICO A LAS CUENCAS ACUÍFERAS DE AGUA DULCE, LOS RECURSOS ENERGÉTICOS E HIDROCARBURÍFEROS DE GAS NATURAL Y PETRÓLEO, LAS RESERVAS DE LITIO Y LOS MINERALES DENOMINADOS TIERRAS RARAS. Expediente Diputados: 4613-D-2021 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 185 Fecha: 26/11/2021 PROTECCIÓN Y DESARROLLO NACIONAL DEL LITIO. RÉGIMEN. CREACIÓN DE "YACIMIENTOS LITÍFEROS FISCALES SOCIEDAD DEL ESTADO". Expediente Diputados: 4596-D-2021 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 184 Fecha: 25/11/2021 PROMOCIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN DEL LITIO. RÉGIMEN. MODIFICACIÓN DE LAS LEYES 24196 Y 25675.



DECONOMI

Uno de los proyectos con estado parlamentario actualmente propone declarar las reservas de litio existentes en el territorio de la Nación Argentina como recurso natural de carácter estratégico nacional. En sus fundamentos, el proyecto dice: “un recurso natural puede llamarse estratégico si responde a las siguientes condiciones relativas a su valor de uso, por sí mismas suficientes: a) ser clave en el funcionamiento del modo de producción capitalista; b) y/o ser clave para el mantenimiento de la hegemonía regional y mundial c) y/o ser clave para el despliegue de una economía verde o de posdesarrollo; y las siguientes condiciones relativas a su disponibilidad, de por sí necesarias: a) escaso –o relativamente escaso–; b) insustituible –o difícilmente sustituible–; c) desigualmente distribuido”³¹⁸.

Sin intención de analizar los alcances e implicancias del proyecto, sí llama poderosamente la atención que el tema ambiental no sea considerado, ni siquiera tenido en cuenta, a punto tal que el Instituto Nacional específico propiciado para el aprovechamiento Integral del litio (I.N.A.I.L.) que se pretende crear en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, propone su integración solamente por la Secretaría de Minería, la Secretaría de Energía, el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET) y las provincias con yacimientos probados de litio que por ley local acepten formar parte del Instituto, pero no incluye a la autoridad ambiental nacional ni local.

Otro de los proyectos con estado parlamentario va más allá del recurso natural estratégico, y declara de interés público la exploración, explotación, concesión de explotación, industrialización y todos los actos relativos al litio y sus derivados. Propone otorgar al Estado Nacional un rol privilegiado para adquirir como primera opción el litio que se extraiga y también faculta al Poder Ejecutivo Nacional a limitar o prohibir la importación o la

³¹⁸ Expediente Diputados: 0140-D-2022 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 3 Fecha: 02/03/2022 DECLARAR COMO RECURSO NATURAL DE CARÁCTER ESTRATÉGICO NACIONAL LAS RESERVAS MINERALES DE LITIO EXISTENTES EN EL TERRITORIO.



exportación del litio y sus derivados cuando en casos de urgencia así lo aconsejen razones de interés público³¹⁹.

En cualquier caso, más allá de estos proyectos legislativos que no hacen sino destacar la necesidad de darnos la oportunidad de poner en debate la forma que adquirirá en nuestro país una minería del litio, que parece estar llamada a ocupar un lugar clave en la economía en el corto plazo; resulta oportuno señalar que existen debates previos e ineludibles vinculados con la protección ambiental, con la licencia social y con los pueblos originarios que requieren poner sobre la mesa de discusión un debate serio y comprometido por parte de todos los actores involucrados.

5. La justicia ambiental como mecanismo adecuado para resolver los conflictos

Mientras escribo estas líneas, es imposible desconocer la conflictividad que hay en la Provincia de Jujuy en torno a la actividad minera y respecto de la licencia social adecuada y necesaria para que funcionen los proyectos mineros que se intentan desarrollar. Cabe preguntarnos entonces si la justicia ambiental es el espacio adecuado para intentar resolver esta conflictividad que remite a las lesiones al derecho humano al ambiente sano y afecta “bienes comunes de valor supraindividual y no patrimonios públicos o privados desde el interés monetario civil”³²⁰.

En tal sentido, lo primero que se puede señalar es que existe la obligación constitucional de recomponer el ambiente (art. 41 CN). En particular respecto del daño ambiental, la LGA lo define como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, y va a incluir los bienes o valores colectivos (art. 27 LGA). Se impone la obligación objetiva del responsable de su restablecimiento al estado

³¹⁹ Expediente Diputados: 1809-D-2023 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 45 Fecha: 02/05/2023 DECLARAR AL LITIO, RECURSO NATURAL ESTRATÉGICO.

³²⁰ Lloret, Juan Sebastián. *Manual de litigación en casos civiles complejos medioambientales*. Santiago de Chile, CEJA, 2021, p. 10.



DECONOMI

anterior a la producción del daño ambiental, dice el art. 28 LGA, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

En relación con el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, es dable revisar la responsabilidad por daño. El art. 248 CM establece para las actividades de prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina, así como procesos de industrialización y otros que puedan surgir de nuevas tecnologías (incluida la gestión de los residuos cualquiera sea su naturaleza), la responsabilidad de las personas comprendidas en dichas actividades respecto de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentran bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa. El titular del derecho minero será solidariamente responsable, en los mismos casos, del daño que ocasionen las personas por él habilitadas para el ejercicio de tal derecho.

Nuestro sistema jurídico valora el derecho a vivir en un ambiente sano en tanto pertenece a la categoría de derecho humano, tal como resolvió la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2022, a través de la adopción de la Resolución A/RES/76/300, por la que reconoció al medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano fundamental.

En dicho marco, resulta oportuno mencionar aquí el artículo 8 del Acuerdo de Escazú, que es en sí mismo todo un capítulo sobre el acceso a la justicia ambiental (entendida en sentido amplio), y se impone en cabeza de los estados Parte, la garantía de acceso a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.

Allí se establece que, considerando las circunstancias de los estados Partes, cada una contará con: “b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional” (art. 8 inc. 3). De modo que “para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, se atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de



DECONOMI

vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda” (art. 8 inc. 5). Asimismo, cada Parte asegurará “el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente” (art. 8 inc. 2).

Situado sobre los derechos de incidencia colectiva, el Acuerdo de Escazú resulta una herramienta fundamental para resguardar los intereses de las comunidades en relación con el ambiente, en tal sentido, cuenta además con un capítulo especial para defensores ambientales (art. 9), en la medida en que busca garantizar un entorno seguro para quienes defienden el ambiente.

En un fallo reciente, del 28 de Marzo de 2023, en los autos caratulados “Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, la CSJN hace una primera aproximación para revisar el accionar de las provincias de Salta y Jujuy y del Estado nacional en materia de permisos y concesiones mineras vinculadas a la exploración y explotación del litio.

Sostienen los peticionantes que los jueces deben considerar el principio in dubio pro natura, que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos (Fallos: 342:1203).

El planteo fue realizado por la Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y el resto de las comunidades indígenas que habitan la zona, en su carácter de afectadas directas en sus derechos a un ambiente sano, a la vida, al



DECONOMI

agua y a la autodeterminación (art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y Convenio 169 de la OIT), junto con la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), las cuales deducen acción de amparo contra la Provincia de Jujuy, la Provincia de Salta y el Estado Nacional con el objeto de que (a) se ordene a los demandados suspender todos los actos administrativos que promueven y autorizan la exploración y explotación de litio y borato en la Cuenca Salinas Grandes que abarca ambas jurisdicciones; (b) realizar una gestión ambiental conjunta de las cuencas hídricas Salinas Grandes a fin de prevenir el daño grave e irreversible que provocará la minería del litio y borato en el sistema hídrico compartido por ambas provincias; (c) se efectúe una línea de base de la cuenca y luego la Evaluación de Impacto Ambiental y (d) se conforme un comité de expertos independientes que estudien con un enfoque ecosistémico de hidrología, la biodiversidad y los aspectos socioculturales de la Cuenca.

Señalan las comunidades que, sin perjuicio de las características propias de cada cuenca, la minería del litio “ya se está llevando a cabo en la cuenca de Olaroz, en la región sudoeste de la Provincia de Jujuy, arrojando como resultado -según un estudio que acompañan-, que la extracción de litio está reduciendo los acuíferos dulces de la cuenca, dado que, al bajar el agua salada debajo del salar, el agua dulce penetra y se saliniza”. Asimismo, “destacan la inexistencia de instancias de participación ciudadana previas al otorgamiento de cualquier autorización, diferentes de la consulta a los pueblos originarios, por lo que cualquier permiso concedido resultaría inválido”³²¹.

Según la antropóloga Bárbara Göbel, “en los últimos años, las provincias de Jujuy, Salta y Catamarca han otorgado sin la participación adecuada de la población local concesiones mineras para la exploración y posterior explotación de litio en una extensión de más de 300.000 Ha. Los espacios concesionados no son espacios vacíos. La minería del litio “aterriza” en territorialidades con trayectorias históricas propias, prácticas específicas, significados culturales y dinámicas de articulación social. Los espacios

³²¹ Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ Amparo ambiental. Sentencia de la SCJN del 28/03/2023. Disponible en línea en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90704-cs-jn-proteccion-del-ambiente-limite-explotacion-minera>



concesionados se solapan con tierras de pastoreo, territorios indígenas y reservas naturales”³²².

En esta instancia la CSJN resuelve requerir: (I) al Estado Nacional (Secretaría de Minería de la Nación) que informe y acompañe copia de todas las actuaciones vinculadas a la exploración y/o explotación de litio y borato en las provincias de Jujuy y Salta y las empresas y/o consorcios vinculados a las mismas y las proyecciones económicas de tal actividad y (II) a las Provincias de Salta y Jujuy, para que presenten copia de todas las autorizaciones de permisos de exploración y explotaciones mineras otorgadas por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable y/o el Juzgado Administrativo de Minas o a la autoridad administrativa que haya intervenido; de las actas de audiencias públicas convocadas y celebradas a tal fin, de los recursos, impugnaciones, denuncias recibidas contra dichas autorizaciones y/o frente a las situaciones de permisos mineros; que informe detalladamente y acompañe todas las actuaciones relativas a los aspectos ambientales relevados en cada uno de esos supuestos.

En tal sentido, la CSJN si bien no otorga las medidas cautelares solicitadas en la demanda de no innovar, por la cual se ordene a ambas provincias abstenerse de otorgar nuevos permisos -así como la suspensión de los permisos ya otorgados-, solicita toda la información relativa a ambas jurisdicciones y a la autoridad minera nacional sobre el litio.

De este modo, el conflicto de la Cuenca Salinas Grandes parece ser un primer capítulo en relación con la actividad minera del litio en Argentina.

En consonancia con el andamiaje ambiental, la solicitud de información a las jurisdicciones locales, la consulta sobre las audiencias públicas y sus resultados y sobre las denuncias que los permisos otorgados han tenido, así como la información respecto a la política nacional y las proyecciones económicas de la actividad, constituye una decisión que prioriza el derecho a la información en cuestiones ambientales, aunque no suspende los permisos otorgados y tampoco dicta una medida cautelar de no innovar, como sí lo había

³²² Göbel, Bárbara. La minería del litio en la Puna de Atacama: interdependencias transregionales y disputas locales. *Iberoamericana*, XIII, 49 (2013), pp. 135-149. Disponible en línea en: <https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/363>



hecho en el caso Dino Salas respecto de los permisos de tala del bosque nativo³²³.

Cabe resaltar que hacen falta políticas públicas alineadas con los de derechos de acceso. Hace falta una discusión pública que sitúe jurídicamente a la minería del litio en el marco de los derechos de incidencia colectiva; que considere el derecho humano al ambiente sano y que lo haga en atención de las comunidades originarias que hoy habitan la Puna argentina pero también de las generaciones futuras.

Conclusiones

La producción de litio ha pasado a tener una importancia clave en el mundo debido a que se trata de un mineral no renovable capaz de almacenar energía en el modo que la tecnología necesita actualmente tanto para los aparatos electrónicos, como la transición energética hacia la movilidad eléctrica. Esto ha puesto la mirada de corporaciones internacionales del sector minero en el noroeste de nuestro país en particular y en el triángulo del litio en general a nivel regional.

En la sociedad se ha instalado el debate respecto a la explotación del litio con noticias diarias en periódicos que abordan la temática desde distintos aspectos, con ideas o frases como: “vemos que Argentina tiene un futuro como participante clave en el mercado del litio”³²⁴, en general vinculados con las inversiones de mercado, “Litio: ¿es un mito que en Chile cobran 40% de

³²³ De acuerdo con la Dra. María Cristina Garros Martínez, el fallo Dino Salas hace lugar a la medida cautelar solicitada por la actora en relación al cese inmediato y definitivo del desmonte y tala indiscriminada de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, de la Provincia de Salta por entender que tales actividades lesionan, restringen, alteran y amenazan sus derechos y garantías consagrados en los artículos 16, 17, 29, 31, 41, 42, 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, en la Ley General del Ambiente N°25.675, y en los instrumentos internacionales que indica. Para sostener su decisión, la Corte se ampara en el principio precautorio (art. 4 LGA). Asimismo, la Corte solicita el estudio de impacto ambiental acumulado, indicando que deberá ser realizado por la Provincia de Salta junto con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, dando amplia participación a las comunidades que habitan la zona afectada. Tanto el estudio de impacto ambiental acumulado como la referencia al principio precautorio, sostiene Garros Martínez, son argumentos novedosos en las decisiones de la SCJN. Comentario de la Dra. María Cristina Garros Martínez sobre el Fallo Dino Salas y otros – CSJN 26/03/09 Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional (cese provisional de los desmontes y talas de bosques nativos). Disponible en línea en:

<https://www.cij.gov.ar/http://www.cij.gov.ar/d/doc-2104.pdf>

³²⁴ Naishtat, Silvia. Las reservas argentinas de litio impulsaron una fusión multimillonaria. Clarín, 21/5/2023. Disponible en línea en:

https://www.clarin.com/economia/reservas-argentinas-litio-impulsaron-fusion-multimillonaria_0_oTtXAnfxbX.html



DECONOMI

impuestos y en Argentina apenas 3%?”³²⁵; “El gobierno avanza en un proyecto para industrializar el litio en el país”³²⁶ solo por poner algunos ejemplos. El denominador común es que se señala a la Argentina en el liderazgo a escala global, dando por sentado debates que aún se encuentran pendientes y que en realidad son sustantivos, prioritarios, previos y necesarios para avanzar en cualquier lineamiento de explotación minera de litio y fundamentalmente vinculado con el ordenamiento ambiental del territorio.

Como hemos visto más arriba en este recorrido sobre los esquemas regulatorios de protección ambiental que se vinculan directamente con la actividad extractiva del litio, que existen incluso desde hace varias décadas, la regulación es robusta, detallada y en términos generales se vincula con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, con su correlato de participación ciudadana, con la necesidad de incluir la evaluación del impacto acumulado y, una vez concluida la fase preventiva, los esquemas de mitigación, recomposición y responsabilidad por daño ambiental que se deriven de la actividad.

Sin duda estos esquemas requieren necesariamente de una articulación, armonización y coordinación institucional bajo un criterio insoslayable: **la protección del ambiente**. Sobre todo en lo que respecta a las áreas ambientales y mineras locales, donde pareciera necesario integrar los criterios, el poder de policía y los procedimientos administrativos habilitantes y de seguimiento y control.

Por otra parte, la crisis climática y ambiental impone un nuevo tamiz de legalidad vinculado con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, siendo necesario pasar por este nuevo colador cualquier actividad,

³²⁵ Litio: ¿es un mito que en Chile cobran 40% de impuestos y en Argentina apenas 3%? *Ámbito Financiero*, 5/7/2023. Disponible en línea en: <https://www.ambito.com/litio-es-un-mito-que-chile-cobran-40-impuestos-y-argentina-apenas-3-n5762456>

³²⁶ El gobierno avanza en un proyecto para industrializar el litio en el país. *El Cronista*, 6/6/2023. Disponible en línea en: <https://www.cronista.com/informacion-gral/el-gobierno-nacional-avanza-en-un-proyecto-para-industrializar-el-litio-en-argentina/>



DECONOMI

en sintonía con los compromisos asumidos a nivel internacional y que se desprenden del Acuerdo de París.

Actualmente parece no ser suficiente el cumplimiento de las formalidades legales y administrativas que regulan las normas ambientales. La consideración de los impactos a múltiples niveles que esta actividad produce sobre el ambiente requiere perentoriamente involucrar a las comunidades que habitan los territorios y buscar los consensos necesarios para el desarrollo adecuado de esta actividad. En tal sentido, el estado tiene un rol fundamental en función del interés público que representa. Uno de los primeros desafíos en la construcción del consenso se halla en la participación adecuada, informada y significativa. Estos primeros pasos (quizás los más difíciles) requieren procesos largos y comprometidos para construir verdaderos acuerdos democráticos necesarios para desarrollar de manera ambientalmente adecuada ésta o cualquier otra actividad que pueda afectar el ambiente en el que vive una comunidad.

Considero que el derecho ambiental es una herramienta adecuada para contener y resolver los conflictos que la actividad minera de litio puede generar sobre el ambiente. En tal sentido, la obligación constitucional de protección ambiental no puede quedar vacía de contenido en la realidad. Existe un abismo entre lo que ocurre en los territorios con la degradación de los sistemas ecológicos y los esquemas de protección derivados de la regulación ambiental. Es imprescindible pensar y repensar estas actividades extractivas con los límites y los impactos reales sobre el ambiente bajo el convencimiento que el camino lo marca el derecho ambiental para vivir en comunidades sostenibles.

Bibliografía

El gobierno avanza en un proyecto para industrializar el litio en el país. El Cronista, 6/6/2023. Disponible en línea en: <https://www.cronista.com/informacion-gral/el-gobierno-nacional-avanza-en-un-proyecto-para-industrializar-el-litio-en-argentina/>

Fornillo, Bruno (coord.): *Litio en Sudamérica. Geopolítica, energía y territorios*, Buenos Aires, CLACSO/IEALC, 2019



DECONOMI

Garrabe, Jean. La historia de la introducción del litio en medicina y psiquiatría: El nacimiento de la psicofarmacología moderna en 1949. *Salud Ment* [online]. 2012, vol.35, n.6, pp.541-544. Disponible en línea en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000600014

Garros Martínez, María Cristina. Comentario sobre el Fallo Dino Salas y otros – CSJN 26/03/09 Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional (cese provisional de los desmontes y talas de bosques nativos). Disponible en línea en: <https://www.cij.gov.ar/http://www.cij.gov.ar/d/doc-2104.pdf>

Göbel, Bárbara. La minería del litio en la Puna de Atacama: interdependencias transregionales y disputas locales. *Iberoamericana*, XIII, 49 (2013), pp. 135-149. Disponible en línea en: <https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/363>

Litio: ¿es un mito que en Chile cobran 40% de impuestos y en Argentina apenas 3%? *Ámbito Financiero*, 5/7/2023. Disponible en línea en: <https://www.ambito.com/litio-es-un-mito-que-chile-cobran-40-impuestos-y-argentina-apenas-3-n5762456>

Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina. Informe especial de la Universidad Nacional de La Plata. Disponible en línea: <https://investiga.unlp.edu.ar/especiales/litio-17104>

Lloret, Juan Sebastián. *Manual de litigación en casos civiles complejos medioambientales*. Santiago de Chile, CEJA, 2021.

López Alfonsín, Marcelo. El Acuerdo de Escazú: significado, posibilidades y riesgo. Videoconferencia *El Acuerdo de Escazú: significado, posibilidades y riesgo*, organizado por el CEDAF. Derecho al día. Año XX Edición 351. 25/3/2021. Disponible en línea en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/el-acuerdo-de-escazu-significado-posibilidades-y-riesgos/+8250>

Lucca, Rita. Entrevista a Dino Bellorio Clabot. “Se dice que el Derecho Ambiental padece de un raquitismo de eficiencia y de eficacia”. *Diario Judicial*.



DECONOMI

20/4/2015. Disponible en línea en: <https://www.diariojudicial.com/news-72388-se-dice-que-el-derecho-ambiental-padece-un-raquitismo-de-eficiencia-y-de-eficacia>

Martínez, León. ¿Para qué sirve el litio? *El economista*. 4/9/2017. Disponible en línea en: <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Para-que-sirve-el-litio-20161207-0144.html>.

Naishtat, Silvia. Las reservas argentinas de litio impulsaron una fusión multimillonaria. *Clarín*, 21/5/2023. Disponible en línea en: https://www.clarin.com/economia/reservas-argentinas-litio-impulsaron-fusion-multimillonaria_0_oTtXAnfxbX.html

Nonna, Silvia. La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. Año 14 N°47, 2017. Disponible en línea en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4206/3972>.

Secretaría de Minería de la Nación. Informe especial Litio. Octubre de 2021. Disponible en línea en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_litio_-_octubre_2021.pdf

Svampa, Maristella & Slipak, Ariel: “El litio, ¿bien natural estratégico o nueva fase de desposesión?” en Svampa, Maristella & Viale, Enrique: *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, Madrid, Katz Editores, 2014, pp. 213-214.

LEGISLACIÓN CITADA

Ley N°1919. Código de Minería. Publicada en el B.O. 30/05/1997.

Pacto Federal Ambiental. Publicada en el B.O. 5/7/1993.

Ley N°24.585. Código de Minería. Publicada en el B.O. 24/11/1995.

Ley N°25.675. Ley General de Ambiente. Publicada en el B.O. 28/11/2002.

Ley N°4.032. Evaluación de Impacto Ambiental de la Provincia de Chubut. Publicada en el B.O. 30/11/1994.



DECONOMI

Ley N°27.566. Aprobación del Acuerdo de Escazú. Publicada en B.O. 19/10/2020.

Ley N°25.831. Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental. Publicada en el B.O. 7/01/2004.

Ley N°25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Publicada en B.O. 3/01/2003.

Ley N°27.520. Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global. Publicada en B.O. 20/12/2019.

Ley N°27.270. Aprobación del Acuerdo de Paris. Publicada en B.O. 19/09/2016.

Ley N°24.071. Aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Publicada en B.O. 20/04/1992.

Nuevo Acuerdo Federal Minero. 13/6/2017. Presidencia de la Nación.

Jurisprudencia

Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y Otros. Sentencia de la SCJN del 17/04/2007. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-villivar-silvana-noemi-provincia-chubut-otros-fa07000219-2007-04-17/123456789-912-0007-0ots-eupmocsollaf#>

Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ Acción de amparo. Sentencia de la SCJN del 02/03/2016. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-martinez-sergio-raul-agua-rica-llc-suc-argentina-su-propietaria-yamana-gold-inc-otros-accion-amparo-fa16000033-2016-03-02/123456789-330-0006-1ots-eupmocsollaf?>

Salas, Dino y otros c/Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo. Sentencia de la SCJN del 26/3/2009. Disponible en línea en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma>



DECONOMI

[buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacionalamparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf](#)

Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ Amparo ambiental. Sentencia de la SCJN del 28/03/2023. Disponible en línea en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90704-csjn-proteccion-del-ambiente-limite-explotacion-minera>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 23/2017 solicitada por la República de Colombia. 15/11/2017.

