



DECONOMI

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

AÑO VII - NÚMERO 21 - ABRIL DE 2024

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
Micaela Belén Jaime
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

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



DECONOMI

ÍNDICE

Nota del director por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
Doctrina	
“Phishing bancario y medidas cautelares” por Santiago Cappagli y Sofía M. de Gainza Artagaveytia	Pág. 6
“Financiamiento de las PyMES en el Mercado de Capitales.” por Anahi Cordero	Pág. 32
“Conclusión del procedimiento de quiebra.” por Javier Cosentino	Pág. 39
“La regla mayoritaria y la personalidad jurídica.” por Ariel Ángel Dasso	Pág. 53
“La violencia como vicio de la voluntad y su apreciación con perspectiva de género” por María Cristina De Cesaris	Pág. 105
“El camino al reconvenio o renegociación del acuerdo homologado” por Francisco Junyent Bas	Pág. 129
“Soluciones de preconcursalidad y prevención de la insolvencia” por Efraín Hugo Richard	Pág. 153



Nota del Director

Muy Estimados lectores:

De nuevo nos encontramos para disfrutar de la Revista DECONOMI del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho (UBA).

En esta oportunidad colaboran Profesores de nuestra Facultad (Anahí Cordero, Javier Cosentino y Santiago Cappagli) y como invitada especial la Profesora María Cristina De Cesaris, quienes con sus aportes engalanan la edición.

Pero eso no es todo: a aquellos inestimables aportes se suman los de los Maestros Ariel Ángel Dasso, Francisco Junyent Bas y Efraín Hugo Richard.

Las diferentes miradas de cada tema son enriquecidas por la invaluable experiencia de cada uno de estos autores.

Y, en este punto, bien vale una aclaración: En su ensayo el Maestro Richard hace referencia al progreso del caso "Vicentin...", por todos conocido, e importa destacar que el autor cerró y entregó su colaboración en la medianoche del Viernes 1 de Marzo antes de que se pronunciara el difundido fallo recientemente dictado el 6.3.24 ("Vicentin SAIC s/ Impugnación a la propuesta de acuerdo preventivo"; Cámara Apel. Civil y Comercial de Santa Fe, 6.3.24).

Es por eso que el autor hace referencia a cómo seguirá ese caso, auscultando la realidad previa a dicho fallo. La interesantísima mirada y profundo análisis formulado por Richard, que permitirá ser analizada a la luz de dicho pronunciamiento judicial, nos pareció un muy interesante desafío y por ello mantenemos su difusión, es claro, con la expresa anuencia del Maestro.

Por fin y como siempre, agradecemos a todos los autores que colaboran desinteresadamente con nuestra Revista, en la seguridad de que este número será del agrado y utilidad a los lectores.

Hasta la próxima.

Héctor Osvaldo Chómer



“Phishing bancario y medidas cautelares”

por Santiago Cappagli¹ y Sofía M. de Gainza Artagaveytia²

I. Introducción

La digitalización masiva de los procesos de gestión pública y privada no ha sido ajena a los sistemas bancarios. Con el objetivo de abaratar costos operativos, simplificar trámites y -en la época de la pandemia- suplantar la presencialidad como medida preventiva frente al COVID-19, los bancos han promovido e intensificado el uso de esta modalidad para la realización de múltiples transacciones que antes suponían el apersonamiento físico del cliente en la institución financiera³.

En concreto, del Informe de Inclusión Financiera emitido por el BCRA surge que la pandemia COVID-19 y la necesidad de distanciamiento social ha dado lugar a un aumento en la utilización de los medios de pago electrónicos y disminución del uso de efectivo. Así las cosas, en el año 2020, por cada 100 extracciones de efectivo por adulto, se efectuaron más del doble de operaciones por medios electrónicos de pago, con un incremento en el uso de los pagos sin contacto en comercios -tarjetas contactless, pagos QR- y un mayor uso remoto de instrumentos de pago, impulsado principalmente por el comercio electrónico.

Para una mayor precisión, se registró que durante el año 2020 - respecto del año 2019- las transferencias electrónicas se acrecentaron en un 90%, producto de un aumento en las operaciones por medio de homebanking

¹ Abogado (2007). Secretario del Juzgado Nacional en lo Comercial N°3. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Societario de la Facultad de Derecho de la UBA (2019-actualidad) y Ayudante de Segunda (2012 al 2018). Realizó la maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral y dos diplomaturas de Derecho Constitucional (Universidad de San Andrés y Austral).

² Abogada (2008). Escribiente en el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 24, Secretaría 47.

³ La principal manifestación de la digitalización bancaria ha sido la expansión cuantitativa (cada vez más clientes se adhieren al sistema digital) y el desarrollo cualitativo (cada vez son más diversas las operaciones que pueden realizarse a través de este medio) de la banca electrónica, en tanto servicio a distancia para operaciones bursátiles y financieras que se caracterizan por su autonomía y disponibilidad full time sin necesidad de dirigirse a un espacio físico bancario con topes de horarios y filas (conf. Gerscovich Carlos, “Contratación electrónica y banca electrónica”, RDCO, 2008, p. 4).



DECONOMI

(86%) y mobilebanking (167%), y los pagos remotos con tarjeta de débito crecieron en un 227%⁴.

Por su parte, del Informe sobre Protección a las Personas Usuaras de Servicios Financieros del mes de diciembre de 2022, surge que, a través de Twitter, el BCRA recibió numerosas consultas sobre el proceder ante operaciones desconocidas posiblemente fraudulentas, ascendiendo a un porcentaje del 12% sobre el total.

En el año 2022 la entidad recibió 6005 quejas ingresadas por el formulario web de su página oficial, siendo el 7% referido a “Canales electrónicos - posibles fraudes” donde se “relacionan con la existencia de operaciones no reconocidas por los usuarios/as y posiblemente fraudulentas (retiros de dineros a través de cajeros automáticos, compras, robo de identidad, transferencias no autorizadas de dinero, robo de datos personales y de claves bancarias, etc.) producidas desde los canales electrónicos (...) Se detectó -dice la entidad- que, en la mayoría de los casos, los usuarios son víctimas de situaciones de estafas que los llevan a la entrega de claves y datos para acceder a las cuentas, facilitando así la llave para el robo del dinero allí disponible”⁵.

Un Informe de Gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia da cuenta de que se registró un incremento de alrededor del 6550% en reportes (no necesariamente denuncias formales) de accesos indebidos a cuentas bancarias y posterior fraude por movimientos no autorizados entre marzo de 2020 y marzo de 2021. Seguidamente, el estudio revela que “las

⁴ Información de acceso público, disponible en <https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Informe-Inclusion-Financiera.asp> (última consulta 12.11.2023).

⁵ Información de acceso publica, disponible en <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Boletin-PUSF-122022.pdf> y que es citada por Abad Gabriela, “Comunicación “A” 7724 del BCRA: incidencia en el derecho de consumo”, Jurisprudencia Argentina, diario del 27.10.2023, quien informa que “...un 5% de las quejas ingresan dentro de la categoría de “préstamos”, donde el BCRA registra los reclamos referidos de usuarios que desconocen el origen de estos, con motivo a una maniobra de fraude. Siguiendo esa misma línea de información, podemos detenernos en el Informe de Gestión de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI), que concluye que en lo que refiere a las maniobras informáticas, la tendencia tiene una dirección clara al alza. No solo en lo que respecta al número de casos, sino también, al surgimiento de nuevas modalidades delictivas...”.

De acuerdo a estadísticas difundidas por la Asociación de Bancos Argentinos, en octubre de 2020 la descarga en celulares de aplicaciones bancarias aumentó 45% mientras que los nuevos usuarios de home banking se han elevado a un 28% en comparación con el 2019 (conf. Morea Adrián, “El phishing y los préstamos digitales un nuevo foco de responsabilidad bancaria”, Errepar online, abril 2022).



DECONOMI

maniobras asociadas a las plataformas bancarias giraron fundamentalmente en torno a la obtención, por parte de los atacantes, de las credenciales para acceder a las cuentas de sus víctimas y el acceso a las mismas, para luego realizar transferencias y otro tipo de operatorias perjudiciales para sus titulares, como toma de préstamos preaprobados”⁶.

Este cambio en el modo de operar ha servido para neutralizar riesgos tradicionales asociados al factor presencial (salideras bancarias, asaltos, etc.) pero simultáneamente ha abierto un nuevo horizonte delictivo forjado al calor de las reglas propias del espacio virtual.

Sobre esto último, es de público y notorio conocimiento el fuerte aumento de casos de fraudes electrónicos, phishing, ciberataques, suplantación de identidad en el entorno digital, entre otros tantos males que han soportado los usuarios en el escenario descripto⁷.

De todas estas variantes, centraremos nuestra atención en el phishing bancario, que ha sido descripto como: “...la maniobra consiste en el accionar de un delincuente que se hace pasar por un tercero -como un empleado del banco, organización estatal o incluso conocido de la víctima- y a través de llamados o comunicaciones electrónicas le hace creer al usuario financiero que se encuentra interactuando con alguna de las mencionadas personas que, en los hechos, no es tal.

Engañado respecto a la verdadera identidad del interlocutor, la víctima: o bien le brinda información confidencial de su identidad o cuentas bancarias (como claves, tokens o códigos de seguridad generados en cajeros) o bien ingresa a un falso link o enlace de una comunicación electrónica recibida, que la lleva a una página similar a la de su institución financiera, lo que a su vez

⁶ Información pública disponible en https://www.mpf.gob.ar/ufeci/files/2021/09/UFECI_informe-pandemia.pdf y que ha sido citada por Abad, ob. cit.

⁷ Conf. Morea Adrián, “El phishing y los préstamos digitales un nuevo foco de responsabilidad bancaria”, Errepar online, abril 2022.

Por su parte, y en línea con esto, Abad expresa: “[e]l aumento del uso de entornos digitales resultó ser el escenario propicio para la comisión de ciberdelitos y el avance de los atacantes en el espacio virtual, afectando principalmente a usuarios de servicios financieros, quienes a partir de numerosas técnicas -en gran parte con ingeniería social- resultaron ser víctimas de numerosas operaciones fraudulentas sobre sus cuentas bancarias, generando daños patrimoniales de enorme consideración” (Abad Gabriela, “Comunicación “A” 7724 del BCRA: incidencia en el derecho de consumo”, Jurisprudencia Argentina, diario del 27.10.2023).



DECONOMI

hace que ingrese su usuario y contraseña pensando que lo hace en su página oficial de la institución bancaria.

De esta manera, con la información obtenida, el perpetrador del delito ingresa a la cuenta bancaria de la víctima, solicita un préstamo preaprobado y transfiere aquel monto de capital y todo otro monto disponible en la cuenta, a diferentes cuentas bancarias de terceros que éste también controla. Como resultado, la víctima se ve despojada de la totalidad de sus fondos disponibles y por si fuera poco con ello queda endeudado frente al banco con un préstamo...”⁸.

Se ha dicho que “[l]a falta de educación digital de los usuarios bancarios, la alta especialización de las organizaciones dedicadas al ciberdelito, las limitaciones técnicas de los sistemas de seguridad informática han convergido como un peligroso tridente para que la proliferación de este tipo de estafas se vuelva moneda corriente en nuestro país”⁹.

En este contexto, aunque los usuarios de banca en línea son cada vez más conscientes de lo que es el phishing, muchos de ellos siguen siendo víctimas de él.

II. Objeto del trabajo

Nuestra práctica profesional nos ha llevado a colaborar en varios juicios en los que los demandantes invocan haber sido víctimas de phishing bancario.

Generalmente el objeto de esas demandas está dirigido a obtener una sentencia que declare la nulidad del préstamo bancario (artículos 271, 272 y 1839 del CCCN y art. 37 in fine de la ley 24.240) y ordene al banco demandado

⁸ Bekerman Uriel y Bastus Guido, “Cibercriminalidad financiera y phishing bancario: diagnóstico y herramientas de tutela judicial”, Riquert Marcelo (dirección) y Sueiro Carlos (coordinación) en “Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital. TICs”, Tomo V, ed. Hammurabi, Bs. As., 2019, p. 200. Desde la jurisprudencia, se lo ha descripto del siguiente modo: “...el phishing consiste en el engaño y manipulación psicológica de la víctima para que revele datos o autenticación que no brindaría en otras circunstancias...” (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Necochea, “G., V. G., c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y Otro s/nulidad de contrato” del 09.08.2022, diario El Derecho del 22.05.2023, comentado por Barreira Delfino Eduardo, “Afirmación del deber de seguridad en bancos ante maniobras de phishing”).

⁹ Morea Adrián, “El phishing y los préstamos digitales un nuevo foco de responsabilidad bancaria”, Errepar online, abril 2022.



DECONOMI

resarcir al demandante por el daño patrimonial y extrapatrimonial que le ha generado la estafa virtual.

Se suele reclamar, también, la imposición de una multa civil (el daño punitivo regulado por el artículo 52 bis de la ley 24.240).

En la mayoría de estos asuntos, el demandante -además de la acción de fondo- pretende obtener una medida cautelar que disponga que, hasta tanto el tribunal dicte sentencia sobre el fondo del asunto, se ordene una medida innovativa (como por ejemplo, la devolución al consumidor de importes percibidos con base en el contrato de mutuo cuya nulidad se persigue [artículo 195 del CPCCN]) o de no innovar (por ejemplo, la suspensión de los débitos por las cuotas correspondientes al mutuo cuestionado [art. 230 del CPCCN]).

En este aporte pretendemos sistematizar aquellos precedentes judiciales que han tratado, en concreto, la temática del phishing bancario pero limitado a la esfera de las medidas cautelares.

Centraremos el análisis en los precedentes judiciales pertenecientes a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (“CNCom.”), no solo por su prestigio sino también por contar con un alto índice de litigios sobre el tema.

III. Precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala A¹⁰

1.1. El tribunal confirmó la decisión del juez de primera instancia¹¹ que admitió la medida de no innovar que solicitó la demandante enderezada a que el banco con el que ella operaba se abstuviera de cobrar las cuotas mensuales de cierto préstamo bancario hasta que se resuelva la cuestión de fondo y, simultáneamente, rechazó la solicitud de no innovar respecto de la anulación del referido préstamo.

1.2. Los antecedentes del caso son los siguientes: una persona humana que tenía abierta una caja de ahorros en una entidad bancaria, solicitó

¹⁰ Integrada por la doctora María Elsa Uzal y los doctores Alfredo Kolliker Frers y Héctor Osvaldo Chomer.

¹¹ Juzgado Nacional en lo Comercial N°24 a cargo del doctor Horacio Robledo, dictada el 29.06.2021 “Lauro María Adriana c/Banco BBVA Argentina SA s/medida precautoria”.



DECONOMI

una medida cautelar consistente en ordenar a aquella "...que anule el crédito otorgado en el marco de una defraudación que sufrió y que se abstenga del cobro (...) correspondiente a dicho crédito".

En la petición de medida cautelar, la demandante manifestó que "...el 20.04.21 ante una publicidad de tarjeta de crédito que el banco promocionaba en la red social Instagram, consignó sus datos de contacto solicitando información respecto del producto, brindando solamente nombre, apellido, DNI, nacionalidad y mail de contacto, reservándose todo tipo de dato que pudiera comprometer la seguridad de sus cuentas.

Al día siguiente una persona que se identificó como personal de la entidad bancaria se contactó para verificar sus datos personales, haciéndole saber que le llegarían una serie de mensajes a su celular con claves que debía informarle. Inmediatamente una vez que abrió los referidos mensajes logró observar que nada decía acerca de la tarjeta de crédito de su interés por lo que intentó ingresar al Home banking advirtiéndole que no podía hacerlo ya que la cuenta se encontraba bloqueada.

Al día siguiente se apersonó en una sucursal del banco demandado donde el personal le informó que se le había otorgado un crédito por un importe de \$527,000, cuya cancelación se debitaría en 60 cuotas mensuales destacando que, por fortuna, la plata no fue retirada de su cuenta.

Peticionó la anulación del crédito sustentando su requerimiento en el hecho de que no había solicitado el producto, negándose el banco a hacerlo informándole que para ello tenía que abonar un costo por la cancelación.

Ante ello alega que efectuó la denuncia policial como así también la solicitud de cancelación del préstamo y la denuncia de fraude ante la entidad bancaria, quedando registrada bajo cierto número de reclamo y cuyo resultado fue desfavorable.

Continúa relatando que el 14.05.2021 remitió una carta documento que no fue respondida y que citó a mediación al banco demandado agotando de ese modo todos los recursos a su alcance para concluir con esa situación.



DECONOMI

Por último, señala que mientras esperaba una respuesta el día 10.06.2021 la entidad bancaria procedió al débito de la primera cuota por el monto de \$ 61,710”.

1.3. En ese escenario fáctico, el juez de primera instancia, luego de realizar algunas precisiones conceptuales en torno de la medida de no innovar, ponderó que “...de las constancias adjuntas se desprende que el actor habría intentado con fecha 10.05.2021 dar de baja el préstamo que le habrían otorgado de manera fraudulenta, sin obtener respuesta favorable de parte de la entidad bancaria, a quién también intimó por carta documento”¹².

El juez de primera instancia valoró especialmente la circunstancia de que “...a partir de la documentación digital incorporada, pueden darse por acreditados ambos extremos, es decir la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, pues el actor no ha tenido respuesta favorable por parte de la entidad bancaria y se desprendería que el importe del préstamo otorgado (\$ 527.000) se encontraría disponible en la cuenta del accionante”.

Desde esa perspectiva, el juez consideró procedente “...decretar la medida solicitada relacionada con el cese del cobro del préstamo otorgado, hasta tanto se resuelva la acción de fondo que se iniciará”.

1.4. En lo atinente a la solicitud de que, como medida cautelar, “...se ordene a la entidad bancaria la anulación del préstamo otorgado...”, el juez de primera instancia rechazó el pedido con fundamento en que, de admitírsele, “...el instituto precautorio adquiriría un carácter autónomo impropio de su naturaleza accesoria...”.

2.1. Como anticipamos en el primer apartado, la Sala A de la CNCom. confirmó la decisión¹³ adoptada en la primera instancia.

El Tribunal refirió que “...del análisis de los elementos instrumentales aportados a la causa se aprecia, en principio al menos, cierta verosimilitud en relación a los hechos descritos por la parte actora en punto a que podría haber sido víctima del otorgamiento de un préstamo de manera presuntamente

¹² Juzgado Nacional en lo Comercial N°24 a cargo del doctor Horacio Robledo dictada el 29.06.2021 “Lauro María Adriana c/Banco BBVA Argentina SA s/medida precautoria” [considerando 2, párrafo 8].

¹³ CNCom., Sala A, 16.07.2021 “Lauro María Adriana c/Banco BBVA Argentina SA s/medida precautoria”.



DECONOMI

fraudulenta” y agregó que “...el reclamo cautelar estaría respaldado, en este estadio, con las denuncias policiales y aquéllas efectuadas al banco como la carta documento enviada por la parte actora, que no fue respondida por el recurrente”.

Asimismo, consideró el carácter de consumidor del demandante y la favorable interpretación que impone dicha circunstancia, a la vez que ponderó el “...perjuicio patrimonial que podría derivarse para aquél, de continuar inmutable la situación actual, teniendo en cuenta los montos involucrados y la grave situación que, prima facie, se ha suscitado, ello, ante la falta de autorización del accionante en torno a la operación de que aquí se trata”¹⁴.

En definitiva, el Tribunal valoró -para tomar su decisión- la prueba documental que acompañó el demandante, que consistía en una denuncia policía y una carta documento dirigida al banco (y que no fue respondida) y, por otro lado, el perjuicio patrimonial que se le podría generar al demandante de mantenerse el statu quo, teniendo en cuenta el monto de dinero involucrado (\$527.000) y su carácter de consumidor.

Este último argumento (perjuicio patrimonial de mantenerse la situación actual y valoración del monto de dinero en cuestión), ha sido nuevamente invocado por el Tribunal el 04.05.2021¹⁵ al admitir una medida cautelar enderezada a que el banco demandado se abstenga de percibir cualquier cuota de un mutuo supuestamente celebrado entre las partes, en la que el demandante habría sido víctima de la maniobra delictual objeto del presente análisis.

Resulta particularmente interesante la carga que el Tribunal impuso al demandante de promover demanda dentro del plazo de diez días finalizada la etapa de mediación, bajo el apercibimiento de decretar la caducidad de la medida ordenada.

3.1. En un asunto con matices fácticos similares al descrito en los apartados que anteceden, el 25.10.2021 la Sala confirmó la decisión adoptada

¹⁴ Apartado 4 párrafo 5.

¹⁵ CNCom. Sala A, 04.05.2021 “Carino Rodrigo Emmanuel c/ Banco BBVA Argentina S.A. S/ Medida Precautoria” (expediente N° 2357/2021).



DECONOMI

en la primera instancia que, en el marco de una medida cautelar de no innovar, ordenó al banco demandado que se abstenga de "...continuar debitando las cuotas de cierto préstamo otorgado sin su consentimiento. Ello por cuanto, en el caso, el análisis de los elementos instrumentales aportados a la causa coadyuva a dotar de verosimilitud al relato de la accionante en punto a que habría sido víctima de una maniobra delictual mediante el acceso a su cuenta bancaria por parte de terceros que habrían gestionado un préstamo personal ante la entidad bancaria.

Véase que acompañó copia de los resúmenes de cuenta de los que resulta la acreditación del préstamo por determinada suma y la transferencia al día siguiente del importe. También aportó constancia de la denuncia penal realizada detallando los hechos acontecidos y el reclamo efectuado al banco por carta documento, el cual no fue canalizado de manera satisfactoria"¹⁶.

4.1. En el marco de una acción declarativa de certeza (art. 322 CPCCN) en la que el demandante solicitó una medida cautelar de no innovar consistente en que se ordene al banco demandado abstenerse de informarlo como moroso en los registros de deudores de la propia demandada y del BCRA, en virtud de cierto préstamo bancario otorgado por la suma de \$ 180.000 y que -según afirmó- nunca solicitó, el 14.07.2021 ¹⁷ la Sala confirmó la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

Dicha decisión consistió en decretar la medida de no innovar para lo cual "...consideró suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho invocado por el accionante en la documentación acompañada que acredita las denuncias formuladas ante la autoridad policial, penal como así también ante la entidad bancaria, explicando los detalles del hecho ilícito denunciado (copia de e-mail y cartas documento efectuando reclamo a la entidad bancaria; denuncia policial; copia donde consta el registro como moroso dentro del Veraz por el préstamo otorgado)".

¹⁶ CNCom. Sala A, 25.10.2021, "Filippo, Gustavo Emilio C/ Banco Santander Río S.A. S/ Ordinario S/ Incidente de Apelación".

¹⁷ CNCom, Sala A, 14/07/2021, "Arredondo Miguel Osvaldo c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo" (expte. N° 7979/2021).



DECONOMI

La Sala -al confirmar la decisión de la primera instancia- valoró que el “...análisis de los elementos instrumentales aportados a la causa, coadyuva a dotar de verosimilitud el relato de la parte actora en punto a que habría sido víctima de una maniobra delictual mediante el acceso a sus cuentas bancarias por parte de terceros que habrían gestionado un préstamo personal ante la entidad bancaria”.

Como se señaló párrafos arriba, el demandante había acompañado copia del e-mail y cartas documento efectuando el reclamo a la entidad bancaria, denuncia policial y copia de donde consta el registro como moroso dentro del veraz por el préstamo otorgado.

Es del caso señalar que a fin de resolver en el sentido señalado, tuvo en cuenta el carácter de consumidor del accionante, y la consecuente interpretación favorable a sus intereses que dicha circunstancia impone (arg. art. 3° párrafo segundo LDC y 42 CN).

4.2. Si bien el objeto de este trabajo es exponer precedentes judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, nos parece útil compartir un precedente de primera instancia de ese Fuero¹⁸ -que se encuentra firme, pues no ha sido apelado- que trata la misma temática expuesta en el apartado anterior, es decir, de una petición de medida cautelar tendiente a obtener una orden judicial que disponga que el demandante, quién invocó ser víctima de una maniobra de estafa, no sea informado como deudor moroso en la base de datos del BCRA.

En este precedente, se aborda la cuestión como un matiz distinto al expuesto en el apartado anterior.

Trata de una demanda que inició una persona humana contra un banco y una administradora del sistema de tarjeta de crédito con el objeto de obtener una sentencia que condene a estos últimos a indemnizar “...los daños ocasionados por la sustracción de los datos de mi tarjeta de crédito y la realización de compras a mí nombre, generando deudas” y que contiene una

¹⁸ Juzgado Nacional en lo Comercial N°3 a cargo del doctor Jorge Sícoli, Secretaría N°6 a cargo del doctor Santiago Cappagli, del 02.11.2022 “Ponce, Héctor Martín c/Banco Santander Río SA y Otros s/ordinario” (expediente N°20264/2021).



DECONOMI

solicitud de medida cautelar dirigida a “...que se ordene de manera cautelar el inmediato cese y/o levantamiento de toda información crediticia que afecte mi condición personal (ya sea por la afectación de mi patrimonio o por perjudicar mi buen nombre y honor) y el cese de la persecución por parte del área de cobranzas”.

En concreto, el demandante pidió que, bajo la modalidad de una medida cautelar, “...se rectifique la información proporcionada al BCRA, al Veraz y a las empresas privadas de riesgo crediticio que fueran informadas por alto riesgo de insolvencia y cese la persecución e intimaciones cursadas por la empresa de cobranzas GCA Group ya que la deuda generada tiene causa en el robo de los datos personales suministrados al Banco Santander Rio SA”.

El juez rechazó las solicitudes de que se impida a los demandados reclamarle extrajudicial o judicialmente el pago de la supuesta deuda¹⁹ y de que sea rectificada la información suministrada al BCRA²⁰; sin embargo, y he aquí lo novedoso del asunto, dispuso comunicar a dicha entidad la existencia de la disputa.

Lo hizo en los siguientes términos: “...empero, sí considero viable disponer -como medida cautelar- que sea comunicado a las entidades individualizadas en apartado V del escrito de ampliación de demanda (que contiene la petición de medida cautelar que aquí se provee) que, en el marco del presente juicio, el demandante ha cuestionado judicialmente los gastos de tarjeta de crédito en base a los cuales el banco emisor ha informado a aquellas que éste

¹⁹ “[C]reo atinado recordar que es prácticamente unánime la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el sentido de que cautelares de esa naturaleza (que generalmente son encuadradas bajo la denominación de prohibición de innovar) no pueden apuntar a la paralización de una eventual demanda a iniciarse -o iniciada contra quien la peticiona- sin perjuicio de los derechos que el impetrante estime le corresponden y haga valer por la vía oportuna.

Consecuentemente, no parece viable que -en el marco de una decisión cautelar- sea dispuesta una orden judicial orientada a impedir aquellos reclamos” (apartado 3.2).

²⁰ “En cuanto al pedido de medida cautelar enderezada a que las codemandadas rectifiquen -en esta etapa del proceso- la información brindada a las entidades respectivas, tampoco parece ser este el marco adecuado.

En efecto, hago notar que este aspecto de la medida cautelar solicitada, coincide con el objeto de la demanda de fondo, lo que -de por sí resultaría suficiente para rechazar su procedencia toda vez que una decisión en ese sentido, podría importar un adelanto indebido en este estado embrionario del proceso- de la cuestión de fondo que, en la etapa procesal pertinente, será objeto de prueba y debate.

Con esa orientación se ha dicho que “...es inadmisibles adoptar medidas cautelares que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo y que lleven a anticipar la decisión pues la figura cautelar se vería desvirtuada si se convirtiera en un medio para arribar precozmente a un resultado al que sólo podría acceder mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito” (apartado 3.3).



DECONOMI

no ha abonado esos gastos (arg. art. 229 del CPCCN). En efecto, si bien -como ya señalé- la coincidencia del objeto de la acción de fondo con el objeto de esta medida cautelar impide admitir la medida cautelar tal como fue propuesta, nada impide readecuarla en el sentido indicado (conf. art. 204 del CPCCN).

Y, a esos efectos, pondero que se encontraría prima facie acreditada la verosimilitud en el derecho invocado pues el demandante habría acreditado haber desconocido los cargos que se le atribuyen en tanto titular de la tarjeta de crédito emitida por la demandada. En apoyo de aquello, ha acompañado la denuncia penal que oportunamente formuló y de cuya lectura se desprende un relato relativamente coherente y verosímil y que, al menos en líneas generales, coincide con la versión de los hechos que ha dado en su escrito de demanda y ampliación de demanda.

Complementa aquello la copia de “reclamo por consumos cuestionados” que habría sido emitido por la codemandada Santander Río SA y que es acompañada como evidencia documental por el demandante y que, a la luz de los resúmenes de gastos de la tarjeta de crédito acompañados, da cuenta de que los gastos que el demandante ha desconocido habrían sido, finalmente, imputados en los resúmenes de gastos de tarjeta de crédito, lo que demostraría que el desconocimiento de esos gastos habría sido rechazado por la emisora de la tarjeta y por el banco involucrado (aunque no fue agregado al expediente la respuesta del banco y la emisora).

Desde esa perspectiva, la medida cautelar que aquí se dispone hasta que sea definida judicialmente la conducencia o no de aquellos desconocimientos de los cargos, no solo no se aprecia perjudicial para las eventuales partes sino para los terceros y la comunidad en general (conf. Barbier Eduardo Antonio, “Litigiosidad en la actividad bancaria”, Editorial Astrea, Bs. As, 2008, p. 654)²¹.

²¹ Por cuestiones de espacio, transcribimos en nota al pie los fundamentos que expuso el juez Sícoli: “...agrego, además, que esta es la solución a la que llegó la Sala D -aunque con otra composición- en un asunto con elementos fácticos similares al presente, y en la que se decidió: “...esta Sala no encuentra óbice para conceder al actor protección cautelar, tanto más cuando no afecte a los destinatarios del mandato precautorio que será dispuesto (el Banco Central de la República Argentina y las agencias de información referidas en este pronunciamiento).



Sala B²²

1.1. Hay un novedoso asunto²³ que contiene dos particularidades: (i) la Sala dispuso que el banco restituya al demandante la totalidad del dinero que invocó haber sido sustraído mediante una estafa virtual; (ii) admitió la pretensión del demandante dirigida a que el banco se abstenga de iniciar acciones judiciales.

Para colocar al lector en contexto, el objeto de la demanda está dirigido a obtener una sentencia de fondo que declare la nulidad o inexistencia ciertas transferencias bancarias y obtener una indemnización en concepto de daño moral, daño punitivo y daño directo.

La petición contiene además una solicitud de que sea dictada una medida cautelar “...ordenando a la demandada proceda a la inmediata restitución de la suma de \$1.241.900, sumas que jamás debieron haber sido transferidas desde mi cuenta, puesto que como se acreditará, jamás fue efectuada por esta parte, siendo víctima de un ardid y engaño mediante el mecanismo de phishing que la demandada permitió al no establecer los mecanismos de seguridad informática a los que está obligada para resguardar los bienes encomendados a su guarda. Al mismo tiempo se solicita se ordene a dicha entidad bancaria a que se abstenga tanto de efectuar acciones judiciales en contra de la accionante.”

Fundó la solicitud de medida cautelar en los siguientes términos “...de mantenerse la situación en curso se corre el riesgo serio e inminente de que caiga el actor en grave situación económica de sus ingresos en una incesante escalada inflacionaria de la economía argentina (...) En consecuencia, pido que

La protección cautelar adecuada no consistirá, contra lo inicialmente pretendido por el apelante, en prohibir la difusión de la situación del recurrente ni disponer la desaparición de los datos presuntamente desacertados, pues lo registrado y publicado deriva de hechos efectivamente ocurridos.

Esta Sala dispondrá, en cambio, como medida cautelar innovativa, completar la información de modo de hacer constar que lo publicado respecto del actor habría derivado del extravío y ulterior utilización por terceros no autorizados de la tarjeta Mastercard emitida por el Bank Boston NA cuyo saldo fue impugnado por el titular (cpr 204).

Se mencionará la fecha de este pronunciamiento, el tribunal que provee la solución, y la naturaleza cautelar del decreto, cuya publicación será mantenida hasta que sea dictada sentencia definitiva en el juicio principal”.

Es en base, entonces, a las consideraciones formuladas en los apartados anteriores, que será dispuesta la medida cautelar con el alcance y en los términos fijados en el apartado 3.4.”.

²² Integrada por las doctoras Matilde Ballerini y María Guadalupe Vásquez.

²³ CNCom. Sala B, 17.05.2023 “Carballo Quibel, Luis Rene c/Banco Supervielle s/Ordinario” (expediente N°104744/2022).



DECONOMI

se le ordene al banco Supervielle S.A. proceda al reintegro íntegro de las sumas transferidas y legalmente desde su cuenta caja de ahorro en pesos por una suma de \$1.241.900”.

Dijo que la verosimilitud del derecho se encuentra acreditada “...con la documentación que se adjunta a esta presentación: saldos de cuenta, denuncia penal, reclamo ante el COPREC”.

Y, en lo atinente al peligro en la demora, refirió que “...queda claro que por medio de maniobras fraudulentas se utilizó el sistema de home banking de la demandada para vulnerar los derechos del actor despojándolo de sus ahorros sin ningún tipo de control por parte del banco quien tiene el deber de cuidar y aplicar las normas y los procesos tendientes a la protección de las sumas bajo custodia”.

1.2. El Tribunal, concordemente con lo dictaminado por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial²⁴, revocó la resolución de primera instancia que rechazó la medida cautelar descripta en el párrafo que antecede.

En lo medular, la Sala afirmó lo siguiente: “...si bien en similares situaciones esta Sala no accedió a las medidas cautelares por falta de indicios referidos a la verosimilitud del derecho, de la documental agregada en fs. (...) puede colegirse con suficiente grado de certeza la versión de los hechos provista por el accionante en su libelo inicial.

Baste señalar a estos efectos, que la documental acompañada -en particular las denuncias formuladas ante Defensa del Consumidor y la División de Operaciones de la Comisaría Vecinal 12° de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires- resultaría correlativa con su relato de los hechos y de la que podría colegirse el acaecimiento de la versión del actor.

Y si bien no ha sido acompañado reclamo alguno ante la entidad bancaria, tal extremo no podría ser requerido en esta instancia, teniendo en cuenta que el accionante señaló que los reclamos fueron efectuados de forma presencial en la sucursal bancaria, hecho este sobre el cual se ofreció prueba

²⁴ Dictamen N°808/2023 del 27.04.2023 emitido por la doctora Gabriela Boquín.



(...) De tal manera (...) parece prudente acceder a las medidas solicitadas, considerando además la condición de consumidor hipervulnerable que ostentaría el accionado y que fue señalada en el dictamen fiscal; de la que claramente deriva también el peligro en la demora pues podría colocarlo en una situación de sobreendeudamiento de por sí gravosa (CNCom., esta Sala, “Iriarte, Rodolfo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Ordinario” del 1.02.22²⁵).

2.1. Lo novedoso de este asunto es que la Sala, al decidir “...acceder a las medidas solicitadas...”, admitió -como anticipamos- la devolución al demandante de la totalidad del dinero que invocó que le fue sustraído mediante una maniobra de phishing²⁶ y también admitió la pretensión de medida cautelar dirigida a ordenarle al banco que se abstenga de iniciar reclamos judiciales contra el demandante con motivo de esta operación.

Y afirmamos que es un novedad pues, como señaló el juez de primera instancia en la decisión adoptada el 13.04.2023 al rechazar la medida cautelar, “...es prácticamente unánime la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el sentido de que cautelares de esa naturaleza no pueden apuntar a la paralización de una eventual demanda a iniciarse -o iniciada contra quien la peticiona- sin perjuicio de los derechos que el impetrante estime le corresponden y haga valer por la vía oportuna”.

²⁵ En este asunto, el Tribunal resolvió en igual sentido y con argumentos similares con fecha 01/02/2022, en virtud de apreciar como “... prudente acceder a las medidas solicitadas, considerando además la condición de consumidor hipervulnerable que ostentaría el accionado y que fue señalada en el dictamen fiscal de foliatura digital 43/51; de la que claramente deriva también peligro en la demora pues podría colocarlo en una situación de sobreendeudamiento de por sí gravosa, máxime si la misma es utilizada para percepción de haberes jubilatorios...”. Cabe destacar que en los autos referidos, se habían solicitado dos medidas distintas, rechazadas por el Tribunal de Primera Instancia: la de no innovar, con el fin de que el demandado se abstenga de retener las cuotas en relación al crédito cuestionado, y la innovativa, consistente en ordenar a la entidad bancaria a que proceda a la reversión provisional de los débitos efectuados con motivo del crédito en cuestión.

²⁶ Otros tribunales no han admitido medidas cautelares con ese alcance. Puede verse un precedente de la Sala D de la CNCom., en el que se resolvió lo siguiente: “corresponde rechazar la medida autosatisfactiva solicitada por un cliente bancario, orientada a obtener la inmediata restitución de cierta suma de dinero que -según afirmó- fueron ilegítimamente transferidas por terceros, o un embargo sobre las cuentas de la entidad financiera emplazada. Ello así, pues no es posible tener por acreditado a partir de la prueba documental acompañada (denuncia policial, denuncia ante la entidad bancaria y resumen de cuenta) y con el grado de nitidez que el caso amerita, la responsabilidad del banco emplazado por la sustracción de los fondos de la cuenta del actor por parte de terceros o bien la negligencia de la entidad en su deber de cuidado sobre el sistema informático de seguridad” (CNCom., Sala D, 08.11.2022, “Miglioriano Humberto Antonio c/Banco Supervielle SA s/medida precautoria”, sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom. Aclaremos que no hemos podido acceder a la resolución completa).



DECONOMI

Sala C²⁷

En un asunto resuelto el 02.06.2021²⁸, el Tribunal decidió confirmar la decisión adoptada en la primera instancia “...que ordenó al banco accionado abstenerse de efectuar los descuentos y/o retenciones sobre dos préstamos que se invocaron concertados de modo fraudulento”.

Como sustento argumental, la Sala indicó que “...si bien cabe reconocer que desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podrían resultar asequibles; no obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse prevalencia a la postura de la accionante, a raíz de la especial tuitiva que depara el ordenamiento jurídico al consumidor -de rango constitucional y considerando el acotado alcance de la petición cautelar.

También es válido a estos fines, sopesar la incidencia del deber genérico de prevención de daño consagrado en el CCCN 1710 y ss., el cual interpela igualmente a partes y a magistrados (...)”.

Resulta particularmente interesante la reflexión que formula el Tribunal cuando afirma: “[d]esde este vértice, luce menos gravosa la concesión de la medida innovativa, que su denegatoria.

Ello, en la suposición que el daño que a un banco de reconocida solvencia le genera la abstención provisional de cobro resulta notoriamente inferior al que provocaría el débito de sendos préstamos -cuestionados- su cliente asalariada. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional”.

Sala D²⁹

²⁷ Integrada por la doctora Julia María L. Villanueva y el doctor Eduardo Roberto Machin. Los autores sólo hemos encontrado un precedente de la Sala C sobre la temática que es objeto de este trabajo. Empero, claro está, esto no significa en modo alguno que no existan más precedentes emanados de este tribunal. Aclaramos, además, que solo hemos podido acceder al sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom.

²⁸ CNCom. Sala C, 02.06.2021, “Salom Noelia Romina c/Banco Santander Río SA s/medida precautoria”.

²⁹ Integrada por los doctores Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto.



DECONOMI

1.1. En el marco de una acción de fondo tendiente a que se declare la nulidad de las operaciones referidas a supuestos créditos generados en forma ilícita y se condene al banco demandado a la restitución con intereses de las sumas cobradas en forma compulsiva, con más los daños y perjuicios, el demandante solicitó una medida cautelar de no innovar con el objeto de que el banco suspenda el cobro de las cuotas de aquel préstamo que, según afirmó, no fue solicitado por él sino por terceros.

Además, requirió una medida cautelar que ordene a la demandada abstenerse de iniciar cualquier acción en relación al préstamo en cuestión³⁰.

Los antecedentes del caso son los siguientes: "...el 29.04.2021, al intentar ingresar al home-banking del banco Patagonia, notó que no lo podía hacer porque al ingresar sus datos de identificación surgía que su usuario se encontraba bloqueado. [P]or ese motivo, llamó al banco para informar tal circunstancia y realizar el procedimiento de reseteo de la clave.

Una vez efectuado el procedimiento de reseteo, y al acceder con una nueva clave, pudo constatar -en la misma fecha- que el saldo de su caja de ahorro era diferente, pues antes del incidente era de \$5.743 y después de éste existían fondos por \$643. Asimismo, al consultar los movimientos, detectó la acreditación de dos préstamos, supuestamente solicitados en forma online, por \$495.000 y \$9.900; operatoria que desconoció haber efectuado e impugnó inmediatamente ante el banco Patagonia. En síntesis, dijo haber sido víctima de un fraude bancario³¹.

1.2. Tras hacer algunas consideraciones conceptuales acerca de la medida innovativa, el juez de primera instancia ponderó el contenido del correo electrónico enviado por el banco demandado al demandante en ocasión de responder el reclamo extrajudicial. Allí el banco informó al demandante que,

³⁰ Lo expresó del siguiente modo: "... que la demandada se abstenga de: i) formular cualquier tipo de acción judicial a los efectos de perseguir el cobro de los préstamos, como así también de solicitar cualquier medida que pudiera afectar bienes o el sueldo del actor; ii) realizar cualquier tipo de gestión de cobranza, en especial, pero no exclusivamente, que no realice llamadas telefónicas, ni utilice sistemas de mensajería tanto respecto del suscripto como a contacto y/o terceras personas. No envíe correspondencia ni virtual ni en papel, ya sea al domicilio particular, y mucho menos al domicilio laboral; y iii) informar la falta de pago del crédito a la central de deudores morosos del B.C.R.A. durante la tramitación de este proceso".

³¹ Apartado II.1. de la resolución del 03.11.2021 del Juzgado Nacional en lo Comercial N°19 a cargo del doctor Gerardo Santicchia dictada en el marco del expediente "Tozzi Adrián Horacio c/Banco Patagonia SA s/ordinario" (expediente N° 180313/2021).



DECONOMI

luego de una investigación interna, fue verificado que “...los movimientos por Ud. cuestionados fueron efectuados a través de la plataforma E-Bank, accediendo a la misma con usuario y clave de manera correcta. Adicionalmente al operar el sistema requirió el uso de la clave token [de modo que, en definitiva] no se detectaron anomalías ni irregularidades en la operación mencionada, la misma se efectuó con normalidad sin rechazos ni inconsistencias...”³².

En este escenario fáctico, el juez de primera instancia concluyó “...que existiría controversia entre las partes respecto a la toma de los mencionados préstamos” por lo que rechazó la medida cautelar innovativa.

1.3. Y, en lo atinente al pedido para que la demandada se abstenga de formular cualquier tipo de acción judicial a los efectos de perseguir el cobro del préstamo cuestionado, el juez de primera instancia aplicó la clásica jurisprudencia -ya citada en este trabajo- que rechaza peticiones de esa naturaleza.

2.1. El demandante apeló la decisión de primera instancia y, el 30.11.2021, la Sala D revocó parcialmente la decisión, admitiendo la medida cautelar de no innovar aunque mantuvo lo decidido respecto de la improcedencia de ordenar que el demandado se abstenga de formular reclamos³³.

En lo medular, el Tribunal afirmó lo siguiente: “...sin soslayar que no es posible definir en este estadio embrionario del proceso la responsabilidad por el deber de cuidado sobre los datos personales y el sistema de seguridad bancaria que debe brindar la entidad emplazada, lo cierto es que de acuerdo con el relato efectuado en ocasión de promover la acción y los elementos de prueba acompañados por el pretensor -principalmente con la denuncia penal oportunamente efectuada respecto de la estafa alegada y el extractos bancarios de la cuenta de titularidad del señor Tozzi correspondiente a la caja de ahorro (...), la Sala juzga que, a priori, el derecho invocado aparece verosímil.

Lo expuesto, máxime teniendo en cuenta, el carácter de consumidor que detenta el iniciante de la litis frente a la institución demandada, lo cual en

³² Apartado II.2. de la resolución del 03.11.2021 del Juzgado Nacional en lo Comercial N°19 a cargo del doctor Gerardo Santicchia.

³³ CNCom., Sala D, “Tozzi Adrián Horacio c/Banco Patagonia SA s/ordinario” (expediente N° 180313/2021/CA1), 30.11.2021.



principio, impone una interpretación favorable a sus intereses (arg. LDC, 3, segundo párrafo, y CN 42)”.

Y, en lo atinente a la ponderación del peligro en la demora, la Sala afirmó “...que en el caso es factible percibir los perjuicios que desde el plano económico le podría acarrear a la parte actora el devengamiento de las cuotas del monto del préstamo -vgr. ante una eventual mora por imposibilidad de pago- ; de modo que a juicio de este Tribunal el peligro en la demora, prima facie, también se encuentra demostrado y justifica la concesión de la medida cautelar solicitada”³⁴.

2.2. Respecto de la pretensión tendiente a que se ordene a la demandada a abstenerse de iniciar cualquier acción en relación al préstamo en cuestión, la Sala rechazó esa solicitud.

Sustentó su decisión indicando que “...debe tenerse presente que la medida de no innovar no puede interferir en otro proceso distinto de aquel en que se solicitó, tanto sea que el mismo ya se encuentre resuelto, en trámite o por promoverse, pues de lo contrario se violentaría la autoridad de la res judicata o el derecho que tiene toda persona de ocurrir ante el órgano jurisdiccional para hacer valer los reclamos que entienda legítimos -que integra su defensa en juicio-, sin perder de vista que ello importaría, además limitar las propias facultades del órgano judicial en el ejercicio de la aplicación del derecho o en el cumplimiento de sus propios pronunciamientos, sin que ello, en principio, importe colocar a la accionante en una situación de indefensión por cuanto, de considerarlo

³⁴ El Tribunal ha adoptado decisiones similares en otros asuntos, tales como “Mendoza Edgardo Omar y Otro c/Banco Santander Río SA s/ordinario s/inc. de apelación art. 250” del 07.09.2021 y “Lucero Gladys Noemí c/Banco Santander Río SA s/sumarísimo” del 18.11.2021. Se trata de casos similares al expuesto en el cuerpo principal de este trabajo pero sin contener la pretensión cautelar de que el demandado se abstenga de iniciar reclamos en razón del préstamo cuestionado.

Asimismo, en los autos “Migliorino, Humberto Antonio c/ Banco Supervielle S.A. s/ Medida Precautoria” (expte. N° 17337/2022), el 08.11.2022, el Tribunal rechazó una medida autosatisfactiva “...orientada a obtener la inmediata restitución de cierta suma de dinero que -según afirmó- fueron ilegítimamente transferidas por terceros, o un embargo sobre las cuentas de la entidad financiera emplazada...”. Fundó su decisión en que “...no es posible tener por acreditado a partir de la prueba documental acompañada (denuncia policial, denuncia ante la entidad bancaria y resumen de cuenta) y con el grado de nitidez que el caso amerita, la responsabilidad del banco emplazado por la sustracción de los fondos de la cuenta del actor por parte de terceros, o bien la negligencia de la entidad en su deber de cuidado sobre el sistema informático de seguridad...”. Sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom. Aclaremos que no hemos podido acceder a la resolución completa.



procedente, podrá solicitar en el actual o eventual juicio la suspensión del trámite o ya su acumulación”.

2.3. Por último, en lo que respecta a la contracautela, la Sala la fijó con la modalidad de caución juratoria porque “...advierte un contexto de suficiente verosimilitud en el derecho (...) y además, decidir lo contrario atentaría contra la propia finalidad que se persigue mediante el dictado de una medida innovativa como la de la especie”.

Sala E³⁵

1.1. El Tribunal confirmó³⁶ la decisión adoptada en la primera instancia³⁷ mediante la cual se admitió la medida cautelar pretendida por el demandante y se le “...ordenó al demandado que se abstenga de reclamar compulsivamente el pago de las cuotas correspondientes al préstamo cuestionado, y de cualquier otro concepto derivado del mismo -con excepción del saldo remanente de dicha operación que aún hubiere en la cuenta del actor-, como así también de continuar realizando débitos con causa en dicho crédito, hasta tanto recaiga pronunciamiento definitivo en las presentes actuaciones”.

Los antecedentes del caso son los siguientes: el demandante promovió una demanda contra el banco en el que tenía una cuenta bancaria activa. El objeto de la demanda estaba dirigido a obtener una sentencia que declare la nulidad de un préstamo bancario personal que habría sido obtenido mediante phishing. Junto con la pretensión de fondo, el demandante pidió una medida cautelar de prohibición de innovar, tendiente al que el banco se abstuviera de realizar débitos sobre su cuenta bancaria, con motivo de un préstamo bancario de \$1.000.000 obtenido por terceros por medio de phishing³⁸.

³⁵ Integrada por los doctores Miguel F. Bargalló, Hernán Moncla y Ángel O. Sala.

³⁶ CNCom., Sala E, 04.05.2021 “Zapata Federico Eduardo c/Banco BBVA Argentina SA s/incidente art. 250” (expediente N°8216/2020).

³⁷ Decisión adoptada el 18.09.2020.

³⁸ Los detalles del asunto son los siguientes: el demandante relató que “personas desconocidas ingresaron utilizando maniobras y técnicas aún no determinadas a su sistema de homebanking y solicitaron un préstamo personal por la suma de un millón de pesos. Indicó que luego de haberse acreditado en su cuenta el importe señalado, recibió diversos llamados en su teléfono celular por individuos que simulaban ser empleados del banco. Manifestó que ante las dificultades que había experimentado para operar en los días previos a la operación cuestionada, los atendió y les brindó la información por ellos solicitada. Advirtió que con posterioridad a ese hecho se realizaron dos transferencias una por \$300.000 y otra por \$600.000 a



DECONOMI

1.2. La jueza de primera instancia, si bien inicialmente rechazó la medida cautelar³⁹, tras un recurso de revocatoria, concedió la medida cautelar.

En concreto, la jueza ponderó la prueba que acompañó el demandante que consistía en: “...(i) comprobantes de la acreditación en su cuenta del crédito personal por la suma de \$1.000.000 -que afirmó jamás haber solicitado-; (ii) constancias de la transferencias efectuadas con fecha 22/7/2020 por \$300.000 y por \$600.000 a CBU y CUIT destinatarios que señaló como desconocidos por su parte; (iii) correos electrónicos que evidencian el reclamo realizado el Banco BBVA Argentina S.A. con motivo del préstamo y de las transferencias que afirmó no haber efectuado, así como el resultado negativo del mismo; (iv) la carta documento remitida a dicha entidad que no habría obtenido respuesta y (v) copia de la denuncia penal realizada”⁴⁰.

Ese escenario fáctico resultó suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho.

1.3. En lo atinente al peligro en la demora, la jueza señaló que aquél “...se desprende del impedimento denunciado por el peticionante de la medida para afrontar los pagos de las cuotas cuestionadas y las obvias consecuencias que se derivarían de la ejecución del préstamo impugnado hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo. Y más allá de lo difícil que puede resultar demostrar dicho impedimento, no cabe duda que el hecho de tener que afrontar el pago de cuotas de un préstamo que se dice no haber solicitado -ni percibido

números de CBU cuyos titulares desconoce. Señaló que con posterioridad concurrió a su sucursal bancaria, en donde realizó la denuncia pertinente. Indicó, no obstante, que el 05.08.2020 recibió un correo electrónico de la entidad bancaria donde se le informó que su reclamo había sido rechazado y que, ante la negativa del banco, el 07.08.2020 formuló una denuncia penal por estafa y defraudación informática que quedó radicada en un Juzgado Criminal de la ciudad de Buenos Aires. Por último apuntó que el día 11.08.2020 remitió carta documento notificando al banco de la radicación de la denuncia, desconoció el préstamo solicitado y las transferencias realizadas inmediatamente después de que el mismo se acreditara e intimó a no realizar débito alguno en su cuenta para la cancelación de cuotas o por cualquier otro concepto del préstamo antes indicado, sin obtener respuesta alguna a dicho reclamo”.

³⁹ Decisión adoptada el 07.08.2020 por la doctora Paula María Hualde, titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N°9 Secretaría N°17.

⁴⁰ El Tribunal apuntó que “...en lo que respecta a esta última, adquiere significación probatoria la denuncia efectuada en sede penal por quien manifiesta haber sido víctima del delito descrito, pues resulta poco probable que una persona, en el particular marco del ASPO dispuesto por el Gobierno Nacional, se tome la molestia de efectuar los diversos reclamos descriptos a Banco BBVA Argentina S.A. y tras ello realice una falsa denuncia al respecto en el fuero represivo”.



DECONOMI

como destinatario final- constituye sin duda un peligro inminente, cualquiera sea la situación financiera en que el sujeto se encuentre”.

2.1. La CNCom., al confirmar la decisión adoptada en la primera instancia que había sido apelada por la demandada, trató con detalle el planteo del demandado en el que sostenía que, de acuerdo con una investigación informática interna, no advertía registrados indicios de fraude sobre las operaciones detalladas y manifestó (en el memorial pero también en un carta documento dirigida al demandante) que aquellas transferencias bancarias “...sólo pudieron haberse efectivizado con su usuario y clave personal, teniendo Ud. la obligación de no divulgar ni suministrar dichos datos a terceros conforme lo establecido en las Condiciones Generales de Contratación de Productos y Servicios por Ud. suscriptas oportunamente...”, deslindándose de cualquier tipo de responsabilidad que “...usted pretenda imputar a esta entidad en relación a los hechos narrados en su misiva...”.

El Tribunal neutralizó este argumento haciendo una valoración de la prueba producida en el expediente penal del que “...se puede advertir que ya se habrían identificado a las dos personas que recibieron las transferencias realizadas desde la cuenta del actor por la suma de \$ 900.000 (Emanuel Rubén Varela y Milagros Rojas), existiendo, según la Fiscalía allí actuante, suficientes argumentos para dirigir una imputación concreta en su contra.

Y en este marco cautelar resulta esencial puntualizar que en dicha sede también se pudo establecer que el alta del préstamo a través del home-banking del actor se habría realizado el 22 de Julio de 2020, a las 11.39 horas, desde la IP no 170.51.84.17; habiendo informado la empresa AMX CLARO, que tal IP resultaba ser “dinámica”, con lo cual no poseía titularidad”.

En ese escenario, el Tribunal concluyó que “...no es posible descartar que en el primer tramo de la operatoria denunciada, necesaria e inicial para su conclusión donde habría tenido intervención el actor, no hubiese existido una situación de vulnerabilidad del sistema informático del Banco ajeno al consumidor”.



DECONOMI

Este argumento ha sido utilizado por la Sala en otros asuntos, de modo que pareciera ser su doctrina⁴¹.

Con este hilo argumental, confirmó la decisión de primera instancia aunque la Sala modificó el régimen de la contracautela -que había sido dispuesto con la modalidad de caución juratoria- y la transformó en una caución real. Para ello, tuvo en cuenta "...las particularidades de la cuestión, la índole de la medida ordenada, los perjuicios que la medida puede ocasionar al Banco y la necesaria vinculación que debe existir entre la garantía y el grado de verosimilitud del derecho que se apreciara..."⁴².

3.1. Por otro lado, en un asunto dictado el 11.07.2022⁴³, el tribunal confirmó una resolución dictada en primera instancia, que "... si bien admitió la medida cautelar solicitada por el actor, orientada a evitar que el banco prosiga descontando de la cuenta bancaria del actor los adelantos en efectivo efectuados a través de su tarjeta de crédito en forma fraudulenta por tercero y rechazó la medida orientada al reintegro de los fondos que sostuvo fueron "ilegalmente" sustraídos...". Para resolver en el sentido indicado, consideró que "... la admisión

⁴¹ CNCom., Sala E, 16.07.2021 "Abal Pablo Alberto c/Banco BBVA Argentina SA s/ordinario s/inc. art. 250" (expediente N°14446/2020); 14.09.2021, "Escalante, Marisa Rosana c/ BBVA Francés S.A. s/ Ordinario" (Expte. N° 41699/21). Puede verse también la decisión adoptada el 18.06.2021, "Grosso Luciana c/Banco de Galicia y Buenos Aires SAU s/ordinario" (expediente N° 4487/2021). Los hechos del caso son los siguientes: "la actora demandó a su banco porque le otorgó dos créditos que ella no había solicitado. Dijo que se contactó a través de la cuenta de Instagram registrada bajo el dominio "Banco Galicia oficial ok" y que de manera inmediata recibió respuesta de alguien que invocó ser su asistente personal. Con esa comunicación, más una conversación telefónica y unos mails recibidos, lograron extraerle los datos necesarios para gestionar los créditos y poder realizar las transferencias de los fondos depositados en su cuenta. Como sustento probatorio de su relato, no solo aportó el posterior intercambio epistolar con el banco demandado sino copia de la documentación vía Instagram, del mail invocado, de las constancias de movimiento de la cuenta y del recibo del sueldo que percibe como docente del Instituto Modelo Esteban Echeverría SRL (...) también acreditó la denuncia penal realizada...". El Tribunal apuntó que "...del intercambio epistolar se advierte que la entidad bancaria, más allá de manifestar una formal negativa de los hechos, intentó desligarse de toda responsabilidad por los daños sufridos por su cliente. Todo indicaría que el banco no habría controvertido que el alta de los préstamos se ejecutaron a través del home banking de la actora en las fechas denunciadas. Por otro lado, es llamativo que el banco tenga preadjudicado préstamos en una cuenta sueldo que exigiría el pago mensual de cuotas muy elevadas en relación al sueldo que la accionante percibe en dicha cuenta". En ese contexto, el Tribunal afirmó que "...no es posible descartar que en el primer tramo de la operatoria denunciada, necesaria e inicial para su conclusión donde habría tenido intervención la actora, no hubiese existido una situación de vulnerabilidad del sistema informático del banco ajeno al consumidor o que fuere realmente ajeno a la existencia de cuentas de Instagram bajo nombre que lo identificarían".

⁴² Doctrina que ha reiterado el 18.06.2021, "Grosso Luciana c/Banco de Galicia y Buenos Aires SAU s/ordinario" (expediente N° 4487/2021) y el 16.07.2021 "Abal Pablo Alberto c/Banco BBVA Argentina SA s/ordinario s/inc. art. 250" (expediente N°14446/2020).

⁴³ CNCom, Sala E, 11.07.2022, "Lupi, Vanina Alejandra María c/ Industrial and Comercial Bank of China (Argentina) S.A. y otro s/ Medida Precautoria"



de lo requerido, en el marco de cognición de este proceso en el cual se carece de todos los elementos necesarios para evaluar final y definitivamente si le asiste derecho al reintegro por parte del banco de las sumas debitadas de su cuenta bancaria, produciría los mismos efectos que si se hiciera lugar a la demanda que la actora deberá iniciar ...”.

Sala F⁴⁴

1.1. En un asunto⁴⁵ en el que el demandante habría sido víctima de phishing bancario al haber suministrado información confidencial y sensible a terceros, el Tribunal decidió confirmar la resolución adoptada en la primera instancia “...que concedió la medida cautelar solicitada tendiente a que la entidad bancaria en lo sucesivo se abstenga de realizar descuentos sobre las cuentas que posee la accionante en institución bancaria, siempre que los débitos tengan origen en cierto préstamo personal”.

La Sala señaló que adoptó esa decisión “...por cuanto, en el caso, la actora promovió un proceso cuyo objeto consiste en solicitar la nulidad del préstamo personal pre-aprobado y las transferencias realizadas sin su consentimiento, restitución de sumas abonadas y/o transferidas otorgados por la entidad bancaria demandada, sin ninguna intervención y solicitud de su parte que tuvieron como causa, un supuesto ilícito (“phishing”), a través de la red social twitter; y ciertamente resultan elementos de suficiente tenor para avalar la versión de los hechos apuntada por la accionante”.

El Tribunal invocó, como sustento de su decisión, que “...es deber de la judicatura el evitar la consumación de un daño mayor, en una operatoria amparada por una legislación de orden público, tal la ley 24240 (arg. LDC 65, CCCN 10 parte 3o, 960, 1710/11, 1082, 1388 último párrafo (...))”.

1.2. Además, y en lo atinente a la contracautela, el Tribunal adoptó un criterio novedoso al eximir al demandante de la prestación de contracautela.

⁴⁴ Integrada por la doctora Alejandra N. Tévez y los doctores Rafael Barreiro y Ernesto Lucchelli. Los autores sólo hemos encontrado los siguientes precedentes de la Sala F sobre la temática que es objeto de este trabajo. Empero, claro está, esto no significa en modo alguno que no existan más precedentes emanados de este tribunal. Aclaremos, además, que solo hemos podido acceder al sumario extraído de la Base de Datos de la Oficina de Jurisprudencia de la CNCom.

⁴⁵ CNCom., Sala F, del 13.04.2021, “Gabrielich Silvia Eliana c/Banco Santander Río SA s/medida precautoria”.



DECONOMI

Lo hizo expresamente y en los siguientes términos: “[c]onteste con ello tampoco habrá de exigirse prestación de contracautela alguna. Esta Sala ha extendido el alcance del CPR 200-2 a procesos donde no fue concedido el beneficio de litigar sin gastos en razón de circunstancias especiales (v. "Di Meo Marta Graciela c/ Lauro Lonzarich Fernando s/ ordinario" del 28/10/10). Particularidad que también cabe dar por acaecida en el caso, a que se recale en la interpretación amplia que este Tribunal formula de la LDC 53 y la innecesidad de transitar la vía del CPR 78”.

2.1. En una decisión adoptada el 15.03.2021⁴⁶ el Tribunal decidió “...revocar la providencia que desestimó la ampliación de la medida innovativa otorgada al actor. Ello por cuanto, en el caso, se pretendió que se ordene al banco demandado cesar en el cobro/débito de las cuotas del préstamo personal obtenido de modo fraudulento.

Se invocó que un tercero, mediante el artilugio de su requerimiento telefónico procedió a retirar el dinero por la ventanilla de una sucursal de la entidad, portando el documento de identidad del accionante, el cual había sido hurtado de su vehículo junto con otros elementos en días anteriores.

De tal suerte y por haberse juzgados satisfechos en grado los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora, factible otorgar el alcance requerido por el accionante para la reversión de aquellos débitos.

De allí que resulte pertinente desde esta perspectiva precautoria, disponer que el cese ordenado ostente efectos retroactivos, debiendo proceder el banco a la reversión provisional de los cuatro débitos indicados, con la consecuente acreditación en la caja de ahorro de titularidad del actor”.

Por nuestra parte, agregamos que la solución a la que llega la Sala F es similar a la que ha llegado la Sala B en el precedente citado en la nota al pie número 19⁴⁷ del presente trabajo.

⁴⁶ CNCom., Sala F, 15.03.2021, “Corvini Alfredo Luis c/BBVA Banco Francés SA s/medida precautoria”.

⁴⁷ CNCom. Sala B, 17.05.2023 “Carballo Quibel, Luis Rene c/Banco Supervielle s/Ordinario” (expediente N°104744/2022).



IV. Palabras de cierre

Los precedentes judiciales referidos dan cuenta de la existencia de un criterio que pareciera ser unánime en cuanto a la procedencia de la medida de no innovar, consistente en la suspensión de los débitos por los préstamos que habrían sido otorgados sin el consentimiento de la parte demandante, ello hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo. Existen diferencias en torno al tipo de contracautela que fijan, ya sea caución juratoria (Salas A y D), caución real (Sala E) o sin caución (Sala F).

En lo que respecta a la concesión de la medida innovativa, consistente en la devolución al consumidor de los importes extraídos, existen criterios judiciales opuestos, en tanto que algunos tribunales han estimado procedente la medida (Salas B y F), y otros la han desestimado (Salas A, D y E).

Adicionalmente, y como fruto de esta investigación, detectamos que algunos tribunales se han pronunciado a favor de la procedencia de la medida cautelar de no innovar consistente en disponer que el banco demandado se abstenga de informar al demandante como moroso en los registros de deudores (Sala A).

Por último, existen precedentes que han hecho lugar al pedido de que el banco se abstenga de iniciar acciones (Sala B), mientras que otros han desestimado tal pretensión (Sala D).



“Financiamiento de las PyMES en el Mercado de Capitales.”

por Anahi Cordero⁴⁸

I.- Pequeñas y Medianas Empresas (PyMES).

Las PyMES son el motor de las economías en todos los países del mundo. Las fuertes caídas de ventas que sufrieron durante la pandemia, sumado a la falta de crédito en los últimos años trae aparejado la búsqueda de alternativas de financiación y a fin de lograr no solo la recuperación sino el crecimiento de estas empresas. La adaptación a las nuevas costumbres de los consumidores también significa la necesidad de nuevas tecnologías y por lo tanto nuevas inversiones y capital de trabajo para las PyMES. Para poder invertir y crecer es imprescindible obtener crédito, lo que a veces se torna difícil, atento la falta de ofertas de crédito a largo plazo y las exigencias formales crediticias por parte de las entidades financieras. Es así como las PyMES recurren al autofinanciamiento el que generalmente no es suficiente y ello implica un menor crecimiento. La falta de financiación a mediano y largo plazo tiene como consecuencia la falta de modernización que exige el mercado actual.

A fin de recuperar el capital de trabajo, realizar inversión en bienes para la producción o reconversión y/o modernización necesaria para poder ser competitivas es posible buscar nuevas alternativas de crédito a mediano y largo plazo, fuera del sistema bancario y con beneficios impositivos. Sumado a ello, el compromiso asumido en el mundo en cuanto a la producción con Responsabilidad Empresaria (RSE) y, en especial el compromiso con el cambio climático, la PyMES también tienen la posibilidad de financiamiento a través de las finanzas sostenibles para todos aquellos proyectos que puedan ser catalogados como sociales, verdes y sustentables⁴⁹. Estas posibilidades las puede utilizar las Pymes a fin de financiar estos proyectos a través del Mercado de Capitales, debiendo a tal fin constar con una calificación al respecto.

⁴⁸ Magister en Derecho Empresario. Abogada. Profesora Adjunta Derecho Comercial Facultad de Derecho UBA a cargo de la Materia Sociedades Abiertas y Mercado de Capitales.

⁴⁹ <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/revistas/rev-deconomi-Ed-0016.pdf>. “Finanzas sostenibles con perspectiva de género” por Anahí Cordero



DECONOMI

La falta de difusión y como consecuencia de ello la falta de conocimientos por parte de los administradores de las pequeñas y medianas empresario y en especial sus asesores legales y financieros hace que una empresa pequeña o mediana no explore otra posibilidades de financiamiento fuera del sistema crediticio bancario debido al mito existente en cuanto a que el Mercado de Capitales es únicamente para las grandes empresas, ya que en general es considerado como una opción para las sociedades de gran patrimonio o sociedades “Abiertas” .

La CNV ha anunciado⁵⁰ recientemente que realizará acciones en forma conjunta con CAME a fin de incentivar la participación de las PyMES en el Mercado de Capitales, tales como la realización de un programa de formación para PyMES centrado en los instrumentos que ofrece el Mercado de Capitales. Todo ello de acuerdo con la Ley de Mercado de Capitales N° 26.831 que tiene entre sus objetivos promover el acceso al mercado de capitales a las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMES), generar nuevos instrumentos de inversión y fomentar la canalización del ahorro hacia la financiación de proyectos productivos y el desarrollo de las economías regionales. Las normas de la CNV indican cuales son los requisitos del ingreso de las PyMES al Mercado de Capitales, diferenciándolas del resto de las Sociedades que ofrecen sus instrumentos en la Oferta Pública.

Coincidimos en cuanto a que las causas que dificultan y/o impiden el acceso al crédito por parte de las PyMES no solo en Argentina sino en todo el mundo son: 1) Asimetría con que la información se distribuye entre la oferta y la demanda potencial, 2) Informalidad; 3) Carencia de capacidad management necesaria; 4) Falta de planificación de actividad futura; 5) Rigidez de los mercados; 6) Mayores costos financieros; 7) Garantías, teniendo las pequeñas empresas fuerte desventaja en los mercados financieros con relación a las de mayor envergadura, siendo la brecha muy grande en cuanto al acceso al

⁵⁰ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cnv-y-came-acuerdan-promover-el-financiamiento-pyme-0> “ El titular de la CAME afirmó que “Solo el 3% de todo lo que mueve el mundo financiero argentino está direccionado a financiamiento PYME, lo que es un número muy bajo”. Por su parte el presidente de la CNV, Roberto E. Silva dijo que “promover la inclusión de las PyMES a través de acciones concretas de educación financiera es clave para el desarrollo del mercado de capitales”..



DECONOMI

financiamiento⁵¹, agregando a estas dificultades la falta de educación financiera tanto para los titulares de las PyMES como para los inversionistas.

Ante la falta de crédito en el mercado financiero, las PyMES se financian con lo que se denomina “capital paciente” o sea con la propia autofinanciación por parte de los socios que se traduce en la no distribución de dividendos de las ganancias liquidadas y realizadas y la utilización de las mismas como capital de trabajo o capital de inversión o por aportes realizados por los mismos socios, sean estos a través de aumentos de capital o a través de aportes irrevocables, los que muchas veces se realizan al solo efecto de absorber las pérdidas. Esto puede generar falta de crecimiento además de los conflictos societarios como consecuencia de la no distribución de dividendos entre aquellos que son socios pero no trabajan dentro de la sociedad o no tienen un cargo retribuido en la misma.

II.- Instrumento de financiación de las PYMES en el Mercado de Capitales.

Los instrumentos del mercado de capitales con los que cuentan las PyMES son : (i) Cheque de pago diferido; (ii) Pagare Avalado; (iii) ON Simple Garantizada; (iv) ON régimen Regular; (v) VCP (Valores de Corto Plazo) (vi) Fideicomisos Financieros y (vii) Acciones régimen simplificado

Algunos de los instrumentos están dirigidos únicamente a inversores calificados y otros a inversores calificados y no calificados.

En el presente trabajo únicamente nos referiremos a las Obligaciones Negociables (ON) Régimen PYME CNV y REGIMEN PYME CNV GARANTIZADA.

III. Obligaciones Negociables PyME conforme las Normas

CNV⁵²

⁵¹ Bartolome Aleman, Paola Lorena. “La implicancia que el decreto Nro. 27/2018 podría traer aparejadas en el sistema de las Sociedades de Garantía Recíproca creado por ley 24.467 y sus modificatorias. XVI Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Hacia un nuevo Derecho Societario Tomo 1 pag. 660 Ed. FDER/UNR Rosario, 2019.

⁵² <https://www.cnv.gov.ar/sitioWeb/MarcoRegulatorio?panel=3>



DECONOMI

Para la CNV, PyME son aquellas definidas en los términos de Micro, Pequeña y Mediana Empresa por la SEPYME (Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y los Emprendedores) , inscriptas en el Registro de Empresas MiPyME a cargo de la autoridad de aplicación instituida por la Ley Nº 24.467. Quedan exceptuados de esta calificación Bancos, Compañías de Seguros y Mercados autorizados.

La PyMES pueden emitir Obligaciones Negociables (ON) , sean estas bajo el régimen PYME CNV o bajo el régimen PYME CNV GARANTIZADO:

Las obligaciones negociables están legisladas en la ley 23.576, modificada por la ley 27740. Son valores negociables emitidos por sociedades por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, cooperativas y Asociaciones Civiles. El ingreso de la emisora al régimen de oferta pública de valores negociables deberá ser resuelto por asamblea en el caso que no este previsto en los estatutos de la sociedad. En las asociaciones civiles debe estar previsto en los estatutos su emisión y decidirse por asamblea.

Las similitudes diferencias y similitudes entre las emisiones de Obligaciones Negociables (ON) Régimen PYME CNV y REGIMEN PYME CNV GARANTIZADA son las siguientes:

1.- Monto de emisión: PYME CNV : UVA 19.000.000 y REGIMEN PYME CNV GARANTIZADA: UVA 10.000.000

2.- Destino de los fondos: para ambas el destino de los fondos es de Inversión productiva, capital de trabajo o reestructuración de pasivos

3.- Tasa de interés: Fija o variable (BADLAR + margen) para ambas.

4.- Tramite 100% electrónico para ambas.

5.- Obligación de brindar toda la información requerida por las normas de la CNV ante la autopista de información financiera para ambas, con alguna excepción en cuanto a comunicación de hechos relevantes.

6.- Una sociedad puede emitir bajo ambos regímenes sus ON, quedando en tal caso sujetas al régimen más riguroso.



DECONOMI

7.- Mecanismo de colocación: Las ON PYME CNV GARANTIZADA: únicamente se permite la colocación primaria de “subasta o licitación pública” (art. 22 Normas CNV) .

8.- Las sociedades que emitan ON PYME CNV GARANTIZADA están exentas de cumplir con el Régimen informativo periódico de las Normas de la CNV y los Hechos Relevantes a comunicar se reducen a temas relacionados con concurso preventivo y hechos que de cualquier naturaleza y acontecimientos fortuitos que obstaculicen o puedan obstaculizar el desenvolvimiento de sus actividades

9.- ON PYME CNV GARANTIZADA únicamente podrán ser adquiridos por inversores calificados.

10.- El plazo del vencimiento de la obligaciones puede ser hasta el del vencimiento del plazo de la sociedad.

11.- Están exceptuadas del pago de tasa anual de fiscalización de la CNV y el pago del arancel colaborador.

En las ON PYME CNV GARANTIZADAS la garantía puede ser una Sociedad de Garantía Recíproca (SGR), un Fondo de Garantía de carácter público, nacional o provincial o un banco que ha solicitado autorización ante la CNV. Cualquiera de estos sujetos debe estar autorizado por la CNV para prestar las garantías. En contraprestación al otorgamiento de su garantía reciben una comisión y por lo general ellas a su vez exigen una contragarantía en caso de que haya que recuperar las sumas abonadas a los acreedores.

La entidad que garantiza asume las obligaciones de “liso, llano y principal pagador” de las ON garantizadas con renuncia al beneficio de excusión y división. La característica principal de estos instrumentos es que gozan de una doble garantía, que es la de la sociedad que las emite y la de la o las Sociedades de Garantía Recíproca o Entidad Financiera. Los beneficios para el inversor son las mayores certezas en cuanto al cobro de su inversión el que se encuentra garantizado y por lo tanto podrá percibir en tiempo y forma, de acuerdo a las condiciones de emisión de las O.N. ya sea tanto los intereses como el capital. La existencia de la Garantía implica por lo tanto menor riesgo para el inversor. Asimismo las Garantes antes de otorgar su garantía analizan los estados



DECONOMI

económicos financieros de la sociedad, en especial flujo de fondos y capacidad de pago de la deuda.

Las ON PYME CNV GARANTIZADO son una excelente oportunidad para las PyMES a fin de poder iniciar su camino a la obtención de créditos a través del Mercado de Capitales. La única condición en este supuesto es la garantía de la deuda a emitir que debe ser dada a través de una Sociedad de Garantía Recíproca o una entidad financiera que este listada ante la Comisión Nacional de Valores.⁵³

Estos instrumentos solamente pueden ser adquiridos por inversores calificados conforme art. 12 Título II , Capítulo VI Normas CNV como son a) El Estado Nacional, las Provincias y Municipalidades, Entidades Autárquicas, Sociedades del Estado y Empresas del Estado.; b) Organismos Internacionales y Personas Jurídicas de Derecho Público.; c) Fondos Fiduciarios Públicos; d) La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) – Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS).; e) Cajas Previsionales; f) Bancos y Entidades Financieras Públicas y Privadas; g) Fondos Comunes de Inversión; h) Fideicomisos Financieros con oferta pública; i) Compañías de Seguros, de Reaseguros y Aseguradoras de Riesgos de Trabajo.; j) Sociedades de Garantía Recíproca; k) Personas Jurídicas registradas por la Comisión Nacional de Valores como agentes, cuando actúen por cuenta propia; l) Personas humanas que se encuentren inscriptas, con carácter definitivo, en el Registro de Idóneos a cargo de la Comisión Nacional de Valores; m) Personas humanas o jurídicas, distintas de las enunciadas en los incisos anteriores, que al momento de efectuar la inversión cuenten con inversiones en valores negociables y/o depósitos en entidades financieras por un monto equivalente a UVA 350.000.n) Personas jurídicas constituidas en el extranjero y personas humanas con domicilio real en el extranjero.

Estos inversores calificados o institucionales, son parte importante en el mercado de capitales, ya que pueden volcar al mismo sus recursos y son inversores que *“por su sofisticación y medios materiales no tienen necesidad ni interés en solo invertir en valores negociables autorizados de bajo riesgo*

⁵³ <https://www.cnv.gov.ar/sitioweb/sociedadesgarantiareciproca>



DECONOMI

ofrecidos al público en general. Es por ello que el concepto de "inversor calificado" busca un balance en dos aspectos: (i) se puede acceder al mercado con valores negociables con menores costos y requisitos, pero solo se pueden ofrecer a quienes son los suficientemente sofisticados como para no precisar de la protección; y (ii) se permite instrumentos de mayor riesgo (y retorno potencial) pero no ya para el público general sino para quienes tienen una mejor capacidad de entender las potenciales pérdidas y ganancias posibles".⁵⁴

La demanda de las ON PyMES, en especial teniendo en cuenta las ventajas impositivas es principalmente a través de los Fondos Comunes de Inversión, la que ha proliferado en el último tiempo por lo que deciden sus inversiones en estos instrumentos y las Compañías de Seguros, quienes están obligadas por normativa de la Superintendencia a realizar inversiones en este tipo de instrumentos existentes en el Mercado de Capitales.

La educación financiera para las PYMES y para los consumidores bursátiles es imprescindible a lo largo y ancho del país, ya que el Mercado de Capitales da igualdad de condiciones en el acceso al mismo a todas las regiones. La posibilidad de realizar todos los tramites on line sumado a las ventajas impositivas tanto para las sociedades emisoras como para los inversores hace atractivos a estos instrumentos pendientes aún de un mayor desarrollo.

⁵⁴ Malumíán, Nicolás - Scrofina, Mariana. Inversores Calificados en el Mercado de Capitales. Cita Online: AR/DOC/521/2020



“Conclusión del procedimiento de quiebra”

por Javier Cosentino

I. Introducción:

Entre los arts. 225 y 233 de la ley 24.522 se encuentran reguladas las distintas formas en que puede concluirse el procedimiento de la quiebra.

En primer término encontramos los modos previstos en los arts. 225 a 229, avenimiento, pago total, carta de pago e inexistencia de pasivo verificado. Y después formas que llevan a la conclusión del procedimiento luego del transcurso de un lapso sin que se hubiere verificado el ingreso de nuevos activos liquidables para satisfacer los créditos -y gastos de la liquidación-, ya que los acreedores han quedado insatisfechos.

Estas formas se denominan de clausura por distribución final (arts. 230/231) y por falta de activo (arts. 232/233).

Fuera de los supuestos indicados, existen otros casos de conclusión de la falencia en el texto de la ley: cuando se tiene por desistida la petición de propia quiebra societaria por incumplimiento del requisito de ratificación por el órgano de gobierno del art. 6 por remisión del art. 82; al sustituirse el procedimiento liquidativo por el preventivo en los términos previstos por los arts. 90 a 93; y al admitirse el recurso de reposición -con o sin trámite- de los arts. 94 a 98 de la ley 24.522.

También concluirá la falencia si el tribunal de apelaciones admitiera el recurso en los casos de apelación contra el decreto de quiebra dictado a consecuencia de la admisión de impugnaciones al acuerdo (art. 51), por acogimiento de nulidad (art. 61) o por incumplimiento del acuerdo homologado (art. 63).

Interesa centrarnos aquí en los supuestos legales de conclusión y clausura de los arts. 225 a 233 que denominamos “normales”, para distinguirlos de aquellos en donde la quiebra concluye por incumplimiento de un requisito orgánico societario, porque la sentencia declarativa no se halla firme y es revocada como derivación de algún recurso interpuesto por el deudor, o como



consecuencia de circunstancias especiales acaecidas en la tramitación de un concurso preventivo.

II. Distinción entre conclusión de la quiebra y clausura de los procedimientos:

Cuando se produce la conclusión del procedimiento por alguna de las formas previstas en la ley, se cierra el proceso, cesa el estado de fallido y el de cesación de pagos, culminan los efectos patrimoniales y personales y finalizan su desempeño los funcionarios que hubieren sido designados, síndicos, administradores y otros.

A su vez, el ex cesante recobra la libre administración de sus bienes.

Mientras que en los casos de clausura, en un principio se produce la suspensión temporaria de los procedimientos por inexistencia de bienes o por su insuficiencia para satisfacer el pasivo; a su vez, subsisten los efectos de la quiebra hasta la reapertura o la conclusión definitiva luego de transcurridos dos años.

III. Modos conclusionales:

a) Introducción:

Como indicamos, ellos no se agotan en los de los arts. 225/233. Estos se hallan previstos en la ley 24.522 y cada uno tiene su caracterización propia, no obstante la existencia de formas mixtas. Pero en todos se exige del juez un control de legalidad, quien debe dictar una sentencia de tipo interlocutoria con fuerza constitutiva.

El sistema no es ni de aquellos de fuente romanista caracterizados por una fuerte nota publicística, ni de los privatistas como los del área germánica. La ley sólo considera conveniente que la solución provenga de la supervisión jurisdiccional, de manera tal que podemos afirmar que en la legislación nacional, coexisten ambos sistemas: el público, plasmado en los supuestos de liquidación con pago total de los créditos o en el caso de inexistencia de pasivo verificado; y el privatístico, que se denota en el avenimiento y la carta de pago.⁵⁵

⁵⁵ Arduino, Augusto y Masferrer, Luz, *Conclusión de la quiebra*, en “Ley de Concursos y Quiebras comentada”, Martorell, Ernesto (Dir.), T° V, pág. 567/571, ED. La Ley, Buenos Aires 2012



DECONOMI

Además, en la actualidad encontramos los mixtos originados en la práctica tribunalicia, en donde predomina una postura ecléctica de sustrato pragmático en el que impera el principio de conservación de la empresa.

Hasta la irrupción de la ley 24.522, ni la jurisprudencia ni la doctrina habían admitido formas mixtas o alternativas como el pago por subrogación, el pago por el fallido o una combinación de avenimiento y pago, con base en que se trata de un sistema propio y excluyente de interpretación restrictiva.

De a poco se fueron admitiendo ante la comprobación de la ausencia de interés jurídico en la continuación del proceso, de modo que no se advierte inconveniente en añadir una figura típica a otra que importe la extinción de los créditos verificados en una u otra.

Así, destacamos que más allá de las distintas formas previstas en la legislación, no debe rechazarse la posibilidad de acudir a otros modos de finalización innominados y ajenos a los específicamente contemplados.⁵⁶

En efecto, los diversos casos que se presentan no deben ser resueltos desde una visión puramente exegética, sino que deben considerarse dentro del complejo de normas que constituyen el ordenamiento jurídico integral.⁵⁷

b) El avenimiento:

Previsto en el art. 225 de la LCQ, se traduce en una forma simplificada de actuación de características extrajudiciales, que permite al fallido levantar su quiebra por acuerdos transaccionales con la unanimidad de sus acreedores. Se trata de la extinción jurídica del estado falencial subjetivo a través de la concertación de un negocio del quebrado con todos sus acreedores, exonerándolo de los efectos propios de la quiebra y reponiéndolo en el tráfico jurídico como sujeto solvente.⁵⁸ Implica un desistimiento de la ejecución colectiva.

b.1) Los acuerdos individuales: no requieren homologación ni son presentados al juez concursal, quien ningún interés tiene en conocerlos en la

⁵⁶ Prono, Ricardo S., “Derecho concursal procesal adaptado al Código Civil y Comercial”, págs. 662/663, Ed. La Ley, Buenos Aires 2018.

⁵⁷ CNCom., Sala F, “Platica, Ricardo Daniel s/ Quiebra”, 28.12.17

⁵⁸ Quintana Ferreyra, Francisco y Alberti, Edgardo, “Concursos”, Tº III, pág. 808/809, Ed. Astrea, Buenos Aires 1990,



DECONOMI

medida en que no será quien intervenga en una eventual ejecución derivada de su incumplimiento. Basta la conformidad escrita de todos los acreedores con firma certificada por escribano público. El síndico carece de legitimación para cuestionar los acuerdos, salvo que verificase la existencia de alguna cuestión de orden público que ameritara la intervención del magistrado.

b.2) Temporalidad: el avenimiento puede ser propuesto desde la resolución de verificación de los créditos del art. 36, aun en caso de quiebra indirecta, y hasta la última enajenación salvo créditos, distinguido criticado por la doctrina.

b.3) La conformidad: se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia, que generalmente es simple pero puede otorgarse sometida a condición, como por ejemplo, la imposición de una fecha límite para conseguir las restantes conformidades. En cuanto a la posibilidad de revocar la conformidad brindada, existen posturas doctrinarias que la admite antes o después de ser presentada; de su lado, la posición negativa se sostiene en el hecho de que una vez que ha sido otorgada, el deudor ha adquirido derecho sobre ella -salvo vicio de la voluntad o lesión-, mientras que la revocación no existe como causal autónoma de ineficacia de los actos jurídicos.⁵⁹

b.4) El procedimiento: una vez reunidos los recaudos pertinentes, se interrumpe el trámite de la quiebra. El requerimiento de unanimidad no es absoluto, ya que se admite la posibilidad de que el fallido efectúe un depósito de dinero para satisfacer a aquellos acreedores que *razonablemente* no pudieron ser hallados -en cuyo caso el depósito debe ser íntegro-, y para los pendientes de resolución -el juez evaluará el cuántum de acuerdo a la verosimilitud de la pretensión-. Se admite la posibilidad de sustitución del dinero por otra garantía de tipo real o fácilmente liquidable, como un seguro de caución.

Con respecto a los acreedores no concurrentes, una vez admitida la petición de avenimiento no son admisibles nuevas peticiones de verificación, como consecuencia de la cesación absoluta de los efectos de la quiebra. En tal

⁵⁹ Borthwick, Sebastián, *Comentario al art. 225 LCQ*, en “Concursos y Quiebras, ley 24.522 comentada, anotada y concordada”, Chomer, Héctor (Dir.), Frick, Pablo (Coord.), T° III, pág. 391/392, Ed. Astrea, Buenos Aires 2016.



caso, el acreedor recupera la posibilidad de promover las acciones comunes de acuerdo a la naturaleza de su crédito.

Por fin, el magistrado estima una suma para atender a las costas -que deben serle impuestas al quebrado-⁶⁰ y gastos del proceso, que el fallido deberá depositar en el plazo que se le fije. La falta de cumplimiento en término habilita la prosecución del trámite sin más.

b.5) Honorarios: específicamente señala el art. 265 inc. 2 LCQ que se deben regular honorarios al “sobreser los procedimientos por avenimiento”. Conforme al art. 267 párrafo 2° de la LCQ, los honorarios totales de aquellos a quienes corresponda regulación a cargo del quebrado -síndico, escribano, martillero en su caso, letrado del peticionante de la quiebra y otros-, no podrá ser inferior al 4% del activo realizado ni a tres sueldos de secretario de primera instancia de la jurisdicción en donde tramita la quiebra, ni superior al 12%, pero aclara la norma que estos porcentuales se calcularán adicionando el activo no realizado y de acuerdo a las tareas efectivamente cumplidas, lo cual otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez a la hora de fijar la retribución.

b.6) Efectos: cesan los efectos personales y patrimoniales, el ex quebrado readquiere posesión de activos y recupera legitimación procesal. En el caso de sociedades, cesa la causal de disolución y son repuestos órganos naturales, quienes se hallaban en funcionamiento a los fines de obtener las conformidades. A su vez, también se concluyen las acciones de recomposición patrimonial que estuvieran en trámite aún con sentencia, ya que no hay interés en su prosecución sin perjuicio de la evaluación que proceda a los fines de la imposición de las costas. Como se indicó, los acreedores no concurrentes recobran el ejercicio de sus acciones individuales, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos por el síndico o eventualmente los administradores como podría ser, por ejemplo, una locación concertada al amparo de lo previsto por los arts. 186 y 187.

b.7) Problemática inherente al avenimiento:

⁶⁰ CNCom., Sala D, “Quest Argentina SA s/ Quiebra”, 17.12.19



DECONOMI

i) Duración: es usual que se extienda por ausencia de conformidades, debido a que el deudor acuerda con los principales acreedores en el entendimiento de que será menos problemático arreglar con aquellos de menor incidencia y debido a la urgencia derivada de la liquidación de los bienes. En tal caso, el juez no debe suspender el procedimiento dado que no hay disposición que así lo permita. Alguna doctrina entiende que el magistrado debe rechazarlo sin más y no admitir que se vayan presentando los acuerdos en etapas, pero lo cierto es que no existe inconveniente en ello en la medida en que no se suspenda el proceso de la quiebra, facilitándose así un mayor margen de maniobra para el deudor que en definitiva, quiere levantar su falencia, reintegrarse en el comercio y satisfacer de algún modo a sus acreedores. Puede intentarse tantas veces como se considera conveniente, siempre dentro de la oportunidad prevista por el art. 225 LCQ.⁶¹

ii) La ley privilegia a los ausentes: así lo admite el art. 226 al disponer que se deposite el monto de los no hallados, de modo que es presumible que los que acordaron habrán arreglado por un monto menor, y de ahí que resulte conveniente ausentarse o demorar la verificación.⁶² No obstante ello, la pauta de razonabilidad que contiene la norma deberá ser prudencialmente utilizada por el juzgador, de forma de evaluar la existencia de motivaciones serias para exigir el depósito íntegro del crédito.

iii) Incidentes pendientes y el depósito en garantía para pendientes de decisión y ausentes: una vez concluida la quiebra, no pueden subsistir sus incidentes accesorios, por lo que aquellos que concluyen sin decisión, podrían cobrarse de lo depositado por el deudor siempre que las sumas hubieran sido dadas en pago, y de lo contrario deberían recurrir a la vía individual. En cuanto a los ausentes, deben mantenerse las sumas depositadas al menos hasta que opere la prescripción, que habrá de comenzar a correr a partir de la decisión del juez que hace lugar al levantamiento de la quiebra por avenimiento. Existe doctrina que entiende que los incidentes pendientes deben continuar, decidirse y luego pagarse en su caso. Ciertamente, ello resulta mucho más pragmático,

⁶¹ Arduino, Augusto y Masferrer, Luz, op. cit., T° V, pág.583/584

⁶² Borthwick, Sebastián, *Conclusión de la quiebra*, en op. cit, T° III, pág. 387.



DECONOMI

mas en la medida en que el fallido deposite y dé en pago, nafa impide que en principio simplemente se concluya la causa y se ordene el pago.

iv) Cuestiones penales: se trata del caso de una querrela en donde se suspendió el juicio a prueba y se dio posibilidad al quebrado imputado de resarcir a los acreedores con una suma mucho menor a la del pasivo verificado en la quiebra, ya finalizada. Se trata de un conflicto en donde al juez comercial nada le cabe decidir, porque la quiebra terminó.

c) Pago total:

Supuesto de conclusión de la quiebra reglado en el art. 228 LCQ. Acaece cuando el producido obtenido de la realización de los bienes es suficiente para cancelar pasivo verificado pendiente, los gastos del proceso y las costas. A los fines de la cancelación de los créditos impera el principio nominalista, de modo que sólo si hay remanente se cancelan los intereses suspendidos.

Esta situación puede generar notorias injusticias en casos en donde se alargan en demasía los procedimientos liquidativos, de manera que los créditos permanecen estáticos ante una creciente inflación que no queda subsanada por la aplicación de intereses, en la medida en que la ley 23.928 prohíbe la indexación por índices de precios. El desequilibrio se produce en tanto los bienes se han vendido a valores de mercado actuales, y entonces es posible que exista sobrante de la liquidación. Se trata de una problemática actual -y autóctona- cuyo desarrollo excede a este trabajo.

En este caso, ante la existencia de remanente el síndico lleva a cabo una distribución sometida a control sólo del deudor según la norma, y se declara la conclusión luego de la aprobación del estado de distribución definitivo. Es claro que más allá de lo señalado expresamente por el artículo, el juez deberá tener en cuenta la existencia de observaciones de parte de los acreedores.

Cuando los fondos para el pago son aportados por el fallido o un tercero, deben pagarse los intereses suspendidos hasta el pago efectivo para que opere la conclusión por este medio.⁶³

⁶³ CNCom., Sala E, “Yabra, Gustavo Simón s/ Quiebra”, 15.11.18



DECONOMI

c.1) Existencia de saldo: el remanente debe entregarse al quebrado. Esto encierra cierta problemática cuando se trata de persona jurídica, dado que la persona se ha disuelto y con ello sus órganos naturales, los administradores han desaparecido y los socios no suelen presentarse, de modo tal que los tribunales perfeñan distintos procedimientos para intentar que llegue a su conocimiento que los fondos se hallan disponibles para su retiro, y luego para asegurar que lleguen a quien posea legitimación y de acuerdo a la participación que le corresponda según el caso. Es claro que la restitución no comprende los dividendos caducos por imperio de lo dispuesto en el art. 224, los que han pasado a formar parte del patrimonio estatal en forma definitiva.

c.2) Acreedores no concurrentes: estos recuperan su acción individual pero en las mismas condiciones, lo que implica que solo pueden eventualmente llevar adelante ejecución de su crédito sobre bienes adquiridos antes de la rehabilitación.

c.3) Honorarios: deben fijarse al concluir la realización de los bienes en oportunidad en que el síndico presenta el informe final y proyecto de distribución (art. 265, inc. 4 LCQ). Conforme art. 268, inc. 1° LCQ, deben aplicarse las pautas del art. 267, por lo que los honorarios han de regularse teniendo en cuenta el activo realizado y en no menos del 4% ni a tres sueldos de secretario de primera instancia de la jurisdicción en donde tramita la quiebra, ni más del 12% (art. 267 LCQ). También se ha entendido que pagándose totalmente los créditos, la base regulatoria está dada por el importe afectado efectiva e íntegramente al pago de esos créditos, base que debe integrarse con los importes para atender a los gastos del proceso.⁶⁴

d) Carta de pago:

Instituto regulado en el art. 229 LCQ, párrafo 1°. Se extiende a este supuesto la aplicación del caso de pago total.

Se trata de un instrumento emanado del acreedor en donde éste expresa inequívocamente que ha percibido su crédito. No es admisible que se

⁶⁴ CNCom., Sala A, “Kim, Baek Kye s/ Quiebra”, 7.2.23).



DECONOMI

entienda otorgada tácitamente ni por interpretación del silencio, y debe incluir a todos los acreedores.

d.1) Recaudos: la carta de pago debe llevar firma certificada por escribano. Además, deben solventarse todos los gastos y costas dentro del plazo que fije el juez, mientras que su incumplimiento determina la continuación del trámite del proceso sin más, como acontece en el caso de avenimiento antes visto.

d.2) Honorarios: el art. 265, inc. 5°, dispone que deben fijarse los emolumentos al concluir por cualquier causa el procedimiento de la quiebra, mas a diferencia de lo que ocurre para el caso de avenimiento o pago total, la ley no contiene una norma expresa acerca de las pautas a utilizar para la regulación. Entonces, podrían utilizarse aquellas previstas para el avenimiento (activo realizado y no realizado, 4% al 12% o tres sueldos de secretario), o las indicadas para el caso de inexistencia de pasivo verificado, es decir, considerando la labor realizada por aplicación del art. 268-2 LCQ.

e) Inexistencia de pasivo verificado:

En el párrafo 2° del art. 229 LCQ, se prevé el supuesto de que no existan acreedores verificados en la quiebra, de modo que no existe interés en liquidar bienes.

e.1) Trámite: El juez a cargo debe disponer de oficio el levantamiento de la falencia al comprobar que no ha concurrido ningún acreedor a solicitar su inclusión en el pasivo de la quiebra, una vez que el síndico le ha presentado el informe individual previsto en el art. 35. Si hubiera créditos declarados inadmisibles, deberá aguardar la eventual promoción de la revisión y lo que allí se decida al respecto, ya que se trata de crédito tempestivo.

Los acreedores que concurren tardíamente no deben ser admitidos si es que el juez ya ha dictado la resolución, y como los no concurrentes, recuperan sus acciones individuales⁶⁵ y pueden exigir al ex fallido la satisfacción del crédito

⁶⁵ Cám. II Civ y Com de La Plata, Sala I, “R.S.H. s/ Quiebra (pequeña)”, 23.8.22



DECONOMI

en las mismas condiciones, es decir, agredir el patrimonio anterior a la rehabilitación aunque no podría pedir la quiebra del deudor.⁶⁶

e.2) Costas y honorarios: Las costas del proceso deben ser impuestas al fallido y no al peticionante de la quiebra, quien cumplió con todos los requisitos exigidos por la ley y logró la declaración de falencia, por más que luego no haya concurrido a solicitar la verificación del crédito (Cám. Com. en Pleno “Datamedical SRL s/ Quiebra”, 18.12.92).⁶⁷

En cuanto a los honorarios, de conformidad con lo que prevé en forma expresa para el caso el art. 268, inc. 2 LCQ, deberán considerarse las tareas realizadas y tener en cuenta que no ha habido liquidación de bienes⁶⁸, lo que otorga amplio margen al juez para su fijación, no obstante lo cual no resulta pauta aplicable el mínimo de tres sueldos de secretario que se halla prevista para otros supuestos específicos.⁶⁹

A su vez, el magistrado fijará una suma estimativa que el fallido deberá depositar en el plazo que le otorgue bajo apercibimiento de continuar sin más los trámites de la quiebra, circunstancia que puede traer algún inconveniente en la media en que muchas veces el fallido no está enterado de que se le ha decretado la quiebra por lo que hace caso omiso a la intimación del juez, de modo que los trámites continúan al único fin de liquidar bienes para pagar gastos de la liquidación, y la quiebra termina concluyendo luego de alguna de las formas de clausura, aunque también podría finalizar por pago total en su caso.

IV. Formas mixtas y situaciones conflictivas:

1. Avenimiento y pago total: es la forma mixta más común. En particular, los honorarios deben regularse teniendo en cuenta como base el valor del activo total, realizado y no realizado.⁷⁰

⁶⁶ Barbarosch, Guido, *Conclusión y clausura de la quiebra*, en “Manual de concursos y quiebras”, Frick, Pablo (Dir.), T° II, pág. 366/367

⁶⁷ CNCom., Sala B, “Grinberg, Horacio Mario s/ Quiebra”, 7.7.23

⁶⁸ CNCom., Sala B, “Andrade Miguel, Victoria Elizabeth s/ Quiebra”, 22.3.23

⁶⁹ CNCom., Sala A, “Giménez Meaurio, Narcesa Ramona s/ pedido de propia quiebra”, 9.3.23

⁷⁰ CNCom., Sala D, “Fideicomiso Inmobiliario Laguna del Sauce s/ Quiebra s/ inc. art. 250”, 27.6.23



DECONOMI

2. Caso de acreedores renuentes a brindar el avenimiento: se acepta el depósito judicial en pago del crédito con intereses, para evitar abusos.

3. Pago total por el fallido o tercero: si es el tercero, debe renunciar a repetir contra el deudor ya que de no ser así, se produciría una sustitución de los titulares del pasivo. Deben cubrir los intereses suspendidos por aplicación de las normas de derecho común sobre pago íntegro, pero no se admite actualización por índice de precios en virtud de la prohibición que contiene al respecto la ley 23.928.

4. Acreedor renuente en otorgar carta de pago: se admite depósito del crédito e intereses, o pago por tercero.

5. Inexistencia de interés en la liquidación: en el caso, el transcurso de décadas sin posibilidad de liquidación del activo determinó que no existiera interés en la continuación del trámite, ya que se presumió la renuncia por parte de los acreedores verificados en su hora ante la falta de concurrencia a percibir dividendos en una distribución parcial, disponiéndose la conclusión de la quiebra luego de la satisfacción de los gastos del proceso y de llevadas a cabo diversas medidas tendientes a incitar la comparecencia de los interesados al juicio.⁷¹

V. La clausura de los procedimientos

a) Introducción:

La clausura del procedimiento implica la paralización del trámite de la quiebra por un tiempo de dos años que el legislador ha entendido razonable, no obstante que ha merecido diversas críticas por lo extenso, luego del cual concluye la quiebra definitivamente sin posibilidad de reapertura, lo que implica el cese de los efectos patrimoniales y personales originados por la quiebra.⁷²

b) Distribución final:

Caso previsto en el art. 230 LCQ, implica la insuficiencia del dividendo concursal para satisfacer los créditos; requiere el agotamiento de liquidación y la presentación del proyecto de distribución.

⁷¹ Juzgado Comercial n° 8, “Promobra SA s/ Quiebra”, fallo de 1° Instancia, 6.11.19

⁷² CNCom., Sala A, “Wertheimer Roberto José s/ Quiebra”, 24.5.23



DECONOMI

No se modifican los efectos patrimoniales y personales de la quiebra. Luego de dispuesta la clausura, los nuevos pedidos de verificación deben denunciar la existencia de bienes, dado que carece de sentido continuar un trámite verificadorio de un crédito que carece de toda expectativa de ser cancelado total o parcialmente.

Las acciones de recomposición patrimonial deben continuar, en tanto tienden precisamente a traer bienes a la quiebra para ser realizados en pos de satisfacer el pasivo.

La resolución del juez no debe aguardar pedido de interesado sino que debe disponerse oficiosamente.

La reapertura del procedimiento se produce ante la aparición de nuevos bienes pasibles de desapoderamiento, y se prosigue la ejecución colectiva. Debe analizarse si los bienes aparecidos poseen valor suficiente que justifique reabrir el proceso, análisis que debe realizarse antes de la reapertura para evitar trámites y gastos innecesarios.

Una vez transcurridos dos años sin que se reabra el proceso se concluye definitivamente la quiebra, para lo cual el juez debe actuar oficiosamente sin perjuicio de que la conclusión pueda ser pedida por el síndico o por el fallido.

Si el procedimiento es reabierto, el plazo comienza a correr nuevamente desde la fecha en que se hubiera clausurado luego de concluidos los trámites de realización de los bienes hallados,⁷³ salvo que se produjera alguna otra forma de conclusión derivada del ingreso de fondos.

En cuanto a los honorarios, el art. 268 inc. 2 LCQ determina que el magistrado debe tener en consideración la labor realizada, y aclara que podrá asignarse al pago de las retribuciones la totalidad de los fondos existentes en la causa, luego de cancelados los privilegios especiales y gastos del concurso.

c) Falta de activo:

Determina el art. 232 LCQ que ante la inexistencia de activo suficiente para satisfacer gastos del proceso incluyendo honorarios, debe clausurarse el

⁷³ Barbarosch, Guido, op. cit., T° II, pag. 369



DECONOMI

procedimiento por esta vía. Aparecen frustradas las diligencias de incautación de los bienes y de las indagaciones que obligatoriamente debe llevar adelante el síndico.⁷⁴

Por más que la ley haya omitido la remisión al art. 231 párrafo segundo como la contenía la ley 19.551, se entiende que resulta aplicable la espera de dos años sin reapertura a los fines de la conclusión definitiva de la quiebra.⁷⁵

Debe disponerlo el juez oficiosamente luego de emitida la resolución del art. 36, ya que debe verificarse la existencia de pasivo porque de lo contrario concluye la quiebra del modo indicado en el art. 229 párrafo 2° ya visto.

Pero dado que el art. 233 LCQ determina que la clausura por falta de activo importa presunción de fraude, corresponde otorgarle participación al quebrado para lo cual se le corre traslado por el término de cinco días.

El presupuesto mínimo para que opere el instituto, es que las sumas habidas por la realización de bienes no alcance a cubrir el importe de los gastos, incluyendo los honorarios que como dijimos deben fijarse prudencialmente por el juez, circunstancia que debe interpretarse de modo amplio dado que esta forma de conclusión es excepcional, y por las consecuencias que acarrea en el ámbito penal. Sin embargo, se ha decidido que deben satisfacerse los gastos del proceso en su totalidad.⁷⁶

Es admisible el depósito de gastos por el fallido, cuestión que genera algún cuestionamiento en la medida en que deja al arbitrio del quebrado la posibilidad de evitar la acción penal.

En cuanto al trámite, como dijimos, debe sustanciarse con el fallido, quien podrá cuestionar la suma fijada para solventar los gastos o el presupuesto básico -la insuficiencia de activos- e incluso ofrecer prueba para demostrarlo. Se ha resuelto que la eventual existencia de bienes que no pudieron ser localizados no obstante las diligencias llevadas a cabo a tal fin, torna inobjetable la clausura

⁷⁴ Quintana Ferreyra, Francisco y Alberti, Edgardo, op. cit., T° V, pág. 928/930

⁷⁵ Rouillón, Adolfo, Alonso, Daniel y Tellechea, Delinda, *Comentario al art. 232 de la ley 24.522*, en “Código de Comercio, comentado y anotado”, T° IV-B, pág. 610, Ed. La Ley, Buenos Aires 2007

⁷⁶ CNCom., Sala B, “Industrias MD SA s/ Quiebra”, 14.6.17



DECONOMI

ante la objetiva comprobación de inexistencia actual de activo liquidable.⁷⁷ Tampoco resulta relevante la conducta colaborativa observada por el deudor o la ausencia de antecedentes penales.⁷⁸ La decisión sobre el punto es apelable por fallido o por el síndico según el caso.

La resolución que determina la clausura por ausencia de activo importa presunción de fraude, de modo que debe comunicarse la clausura al juez penal para la instrucción del sumario por los delitos tipificados en los arts. 176 a 178 del Cód. Penal. En estos casos, no corresponde al juez comercial efectuar mérito alguno sobre la existencia de delito, solo se abre un canal para la investigación en sede penal.⁷⁹

La comprobación de la inexistencia de bienes resulta demostrativa de la inutilidad de llevar adelante un proceso en donde no cobran los acreedores ni los funcionarios, no se pagan los gastos y se pone en funcionamiento la estructura judicial con lo que implica llevar delante de oficio un proceso universal.

Podría preverse un sistema en el cual luego de decretada la quiebra, se dispusieran medidas de resguardo e investigativas y quedara en suspenso el procedimiento de la verificación hasta tanto se determinase la existencia y entidad de bienes.

⁷⁷ CNCom., Sala E, “La Ruta 3 y La Vía SRL s/ Quiebra”, 11.5.23

⁷⁸ CNCom., Sala D, “Salgado de Sueiras, Noemí Mirta s/ Quiebra”, 4.10.16

⁷⁹ Id. nota 24 precedente



“La regla mayoritaria y la personalidad jurídica”

por Ariel Ángel Dasso

I. PRIMERA APROXIMACIÓN

Cuando las llamadas “compañías” difundidas a comienzos del siglo XVII comenzaron a ser el instrumento del comercio de las metrópolis y sus colonias, fueron apareciendo instrumentos regulatorios dotados de novedosas características, que hoy se aprecian como vestigios de ese importante instituto que tomó auge en el capitalismo moderno y que se denomina sociedad anónima.

Aquellas compañías surgieron a favor de actos particulares, que en cada caso otorgaban los reyes, por medio de una *“carta de incorporación”*, que la convertía en *“corporación”*, concepto éste correspondiente al de personalidad jurídica con nota de limitación de responsabilidad al monto del aporte.

Asimismo se agrega a tan importante atributo la posibilidad de transmisión de los aportes sociales, más tarde denominados “acciones”.

Sus principios característicos eran:

- 1) La dependencia del poder que les otorga el carácter de corporación;
- 2) Su organización administrativa de tipo oligárquico;
- 3) La división del capital en acciones libremente transmisibles, y
- 4) La responsabilidad limitada al monto del aporte.

Aquellos principios iniciales que le daban el carácter de ente de derecho público, estructurado sobre la base de una organización oligárquica de administración, fueron luego sustituidos por principios privatísticos y de organización democrática, mientras que perduraron (para convertirse en sus notas principales) el carácter negociable de las acciones y la limitación en la responsabilidad.

El concepto de sociedad anónima aparece cuando la “compañía por acciones” es definida en el Código Napoleón como sociedad, supeditada en cuanto a su naturaleza jurídica a los principios del contrato de sociedad del Código Civil.



DECONOMI

El especial ámbito político y las necesidades de desenvolvimiento al conjuero de las ideas económicas de la época generan la estructura de su organización sobre el principio democrático de la mayoría, en tanto subsisten los tradicionales principios relativos a la limitación de responsabilidad y a la transmisibilidad de las acciones.

Así podemos concluir que, surgida del Código francés de 1807 y perfilada con sus características definitivas en la ley de 1867, se difunde la sociedad anónima prototípica de los países europeos y pasa a ser el instrumento de una nueva forma jurídica de empresa encuadrada dentro de la noción contractual sobre la base de nacientes ideas políticas de libertad y organización democrática y la permanencia de las fundantes de limitación de responsabilidad y negociabilidad de los títulos⁸⁰.

A fines del siglo XIX y a principios del siglo XX, la sociedad anónima apareció identificada con el capitalismo moderno, a extremo tal que se llegó a afirmar que sin ella éste no hubiera podido existir, llegando a signar una época de la historia económica⁸¹.

El devenir económico y político y la mutación de las sociedades del protocapitalismo al neo—capitalismo fueron exponiendo un nuevo tipo de gran empresa (*giant corporation*), para el cual la estructura novedosa de fines del siglo XIX pasó a ser prontamente insuficiente e incapaz, al parecer, de captar las exigencias múltiples de una nueva forma comercial. Ésta respondía a nuevas normas económicas, financieras y tecnológicas y ponía frente a la evidencia de un nuevo tipo de emprendimiento, en el que se conjugaba la existencia de un fuerte grupo de control (sin ser necesariamente mayoritario), con un generalmente dilatado espectro accionario, constituido por accionistas inversores, cuyo interés estaba puesto más en el resultado de un dividendo que en el control de la explotación.

⁸⁰ SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *Tratado de sociedades anónimas en el derecho español y en el derecho comparado*, Editorial Salvador Rosas Baye, Barcelona, 1953, p. 37.

⁸¹ SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *“Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado”*, TEA, Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 15.



DECONOMI

A la luz de aquellas exigencias aparecieron cuestionados los principios del contrato clásico y se imputó al viejo esquema su insuficiencia para adaptarse a las exigencias de la nueva sociedad.

De todos modos, la teoría del derecho de la sociedad permaneció vigente, con la clásica perdurabilidad de las instituciones jurídicas afirmadas a través de una larga y fundada elaboración, y encontró respuesta, con la teoría del contrato plurilateral de organización —asociativo—, a las nuevas exigencias.

Lo cierto es que, en la vieja estructura, el principio de más difícil elaboración es aquel que (en la por entonces novedosa fórmula de la sociedad anónima) pretendía la correspondencia del órgano de administración y control, con el principio democrático de la voluntad mayoritaria, sin olvidar el origen contractual de la sociedad.

Así pues, poner la sociedad al servicio de la voluntad democrática supone identificar la voluntad social con la voluntad de la mayoría.

Pero la colisión entre ese principio y los de la disciplina contractual aparece allí donde los principios del contrato en sus aspectos más importantes se revelan agredidos por la voluntad mayoritaria.

Resulta entonces que el estatuto o acto constitutivo habrá de ser adaptado a las necesidades del desarrollo societario y a las novedosas exigencias que en materia económica, financiera y técnica se plantean a la sociedad, pero tal adaptación encuentra en la clásica concepción del contrato como acuerdo de voluntades, y en la consiguiente inexorable consecuencia, que es la exigencia del consenso del socio para su modificación, un valladar jurídico difícil de superar.

A través de la modificación del estatuto por mayoría se va abriendo camino la respuesta jurídica a la necesidad funcional de la empresa.

Paulatinamente se opera la aplicación de la regla mayoritaria respecto de aquellos actos necesarios, los que aun cuando importen modificación del estatuto (contrato), quedan sometidos a ella, con superación de la voluntad del socio singular.



DECONOMI

Este sometimiento o derogación del principio de consenso para la modificación del contrato (estatuto), en aras de la funcionalidad de la sociedad, encuentra en el derecho de separación del accionista disconforme una valiosa correspondencia.

La sociedad encontrará así satisfacción a su interés lícito de modificar su estatuto, en aras del cumplimiento de sus objetivos sociales, y el accionista hallará en el derecho de separación el respeto de su voluntad primigenia en cuanto sean alterados sin su consenso los principios del riesgo y la responsabilidad a los que adhirió al constituir la sociedad o adquirir el título.

Derecho de receso se denominó a este instituto en la doctrina y la legislación italianas (derecho de separación o de retiro en algunas legislaciones de países hispánicos), de trabajosa elaboración, polémica valoración y difícil instrumentación, al cual dedicamos esta obra⁸².

II. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA REGLA DE MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO POR MAYORÍA

⁸² La palabra receso proviene del latín *recessus*, sustantivo derivado del verbo *recedere*, compuesto del prefijo *re* (que significa movimiento hacia atrás) y del verbo *cedere*, que quiere decir “ir”, “andar” o “marchar”. En consecuencia, receso es un retroceso, alejamiento o retirada (FONTANARROSA, Rodolfo, *Consideraciones sobre el receso del socio*, JA 1964-III-Doc. p. 3; MORENO DUBOIS, Eduardo, *La garantía de receso, útil remedio frente a los intereses particulares de pseudo-mayorías*, LL 126-822). El diccionario lo define como alejamiento, separación, apartamiento, desvío, retiro; de allí que el maestro Cámara lo llame también “derecho de retiro” (CÁMARA, Héctor, “Derecho de retiro o receso de los socios o accionistas de la sociedad”, en obra colectiva, *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1992, p. 245). Por todo esto, en el ámbito societario se lo conceptúa como el derecho reconocido al socio por la ley o por el contrato social de salir de la sociedad mediante su declaración de voluntad. Con mayor precisión, se lo define como “la facultad del socio o accionista de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de su participación social, cuando el órgano de gobierno resuelve reformar el estatuto de la sociedad, alterando las bases que aquéllos tuvieron en cuenta al constituir o incorporarse a la misma, o modifica sustancialmente el ejercicio de sus derechos” (NISSEN, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, Ábaco, 2ª ed., Buenos Aires., 1995, t. IV, n° 525). (SCJ de Mendoza, Sala 1ª, 21/02/2003 “*Banco de Mendoza S.A. en j. 137.997/27.669, Domínguez, Francisco Luis y Ots. c/ Banco de Previsión Social S.A. p/ Ord. s/ Cas.*”, JA 2008-II-243). En el derecho societario estadounidense, el derecho de receso es denominado indistintamente *appraisal* (frecuentemente *appraisal remedy*) o *the right of dissenting* (derecho de disidencia) y exhibe tantas modalidades de *appraisal rights* como Estados los regulan, ya que no existe normativa a nivel federal. FLETCHER, William Meade *Cyclopedia of the Law of Private Corporation* (por KEATING, CH R. P. y PERKOWITZ-SOLHEIM, J.), 12 B, Deerfiel-New York, Rochester, ed. 1993, p. 376. La *The Model Act* lo llama *right to dissent*, mientras que muchos autores se refieren a él como *right of appraisal*.



DECONOMI

Corresponde, para una mejor interpretación del instituto, realizar un breve comentario en torno a la evolución histórica de las facultades de la asamblea para deliberar y decidir la modificación del estatuto por mayoría.

En las sociedades por acciones ha sido objeto de una lenta evolución, cuyas distintas etapas guardan estricta vinculación, no sólo con el momento histórico y las necesidades jurídicas de adaptación a la realidad económica y financiera, sino con la experiencia resultante de cada uno de los intentos legislativos o jurisprudenciales realizados.

I) Ya en el art. 31 de la ley francesa del 24 de julio de 1867 y la alemana de 1861 se encuentra un punto de partida en esta lenta elaboración del polémico instituto, a través de la introducción de la regla de modificación del estatuto por mayoría.

Se trataba de una posición novedosa en la que las normas se limitaban a establecer el número de accionistas necesarios para deliberar pero, en todo caso, presuponiendo una disposición expresa del estatuto que autorizase la modificación por mayoría⁸³.

En caso de falta de disposición expresa que posibilitase la modificación por mayoría, regía la norma general de la exigencia de la unanimidad para modificar el estatuto.

Se advierte entonces una diversificación de categorías de actos: a) los de gestión o actividad ejecutiva del contrato, para los cuales rige la regla mayoritaria; b) los de modificación, para los que, a falta de disposición expresa permisiva de la aplicación de la regla mayoritaria, corresponde la regla de la unanimidad, afirmándose entonces que la regulación de una relación contractual requiere el consenso de los contratantes.

II) En una segunda etapa, se precisan en los estatutos las llamadas “bases esenciales de la sociedad”, elaboradas en la jurisprudencia francesa en un intento por determinar aquellos elementos que se reputan inmodificables, aunque el estatuto previese la modificación en general, partiendo de la base de

⁸³ DONADÍO, Giuseppe, *Il recesso del socio per modifiche statutarie*, Giuffrè, Milano, 1940, ps. 4 y ss.



DECONOMI

la conceptualización del estatuto como contrato y la consecuente aplicación de la correlativa disciplina⁸⁴.

Por oposición a las bases esenciales, se distinguen las cláusulas accesorias.

Para las bases esenciales aparece el requisito permanente de la unanimidad, mientras que para las cláusulas accesorias queda reservada la aplicación de la regla mayoritaria.

En forma paralela se elabora en la doctrina italiana la teoría de los “derechos individuales de los accionistas”, con referencia a las llamadas posiciones subjetivas intangibles por la mayoría⁸⁵, representadas en las cláusulas del estatuto por elementos de fundamental importancia y por ello inmodificables⁸⁶.

Era en extremo difícil encontrar un criterio objetivo para establecer las cláusulas de fundamental importancia y consecuentemente inmodificables, tanto más cuando se atendiese a la figura del accionista medio, lo que explica las diversas direcciones tomadas por la doctrina en el tema de los derechos individuales intangibles.

No obstante, en esta etapa todavía se admite que el estatuto pudiera, con una cláusula prohibitiva, excluir la modificación por mayoría, quizá como una forma de reconocer positivamente la dificultad exteriorizada en torno a la precisión de los llamados “derechos individuales de los accionistas”, constitutivos del contenido de las “bases esenciales de la sociedad”.

III) La tercera etapa marca un ostensible avance, significado por la posibilidad de decidir la modificación por la asamblea por mayoría reforzada.

En esta línea se advierten distintas variantes, entre las que se pueden ubicar la ley francesa del 22 de noviembre de 1882 que así lo establece, pero con la exclusión de las causales del cambio de nacionalidad y ampliación de los

⁸⁴ LYON CAEN, Charles – RENAULT, Louis, “*Traité de droit commercial*”, LGDJ, 4^a ed., Paris, 1909, p. 254.

⁸⁵ Indicada por THALLE en un comentario a una sentencia de la Corte de Casación del 30 de mayo de 1892.

⁸⁶ RIVOLTA, Gian Carlo M., *Le partecipazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 22.



aportes; la ley alemana de 1897, que admite la deliberación por la asamblea de algunas modificaciones del estatuto por mayoría reforzada de tres cuartos, salvo disposición en contra del estatuto, y el Código Italiano de Comercio de 1882 (que modifica el de 1865), el que también autoriza a la asamblea para la modificación de los estatutos; pero en la hipótesis de fusión, aumento de capital y cambio de objeto, reconoce al accionista el derecho de separación.

IV) Un avance legislativo doctrinario e histórico permite calificar una cuarta etapa, en la cual se prohíbe establecer en el estatuto límites al poder de modificación por la asamblea.

Así acontece con la ley francesa del 1º de mayo de 1930⁸⁷.

De este modo, del principio inicial de la inmodificabilidad de los estatutos, pasando por una progresiva admisión de la regla mayoritaria para algunas modificaciones de los estatutos (y luego para todas), se llega a la antípoda de la posición inicial: la inderogabilidad del principio mayoritario.

La evolución histórica muestra la prevalencia del criterio de la funcionalidad y el desarrollo de la empresa sobre los principios de la autonomía contractual.

Se anota que este difícil tema de la modificación de los estatutos aparece como polémico a través de su evolución histórica, solamente en las sociedades capitalistas, limitado al régimen de la sociedad por acciones.

En cambio, en las sociedades personales, tiene permanencia la regla de la unanimidad⁸⁸.

III. LA REGLA MAYORITARIA EN LA SOCIEDAD DE CAPITALES

Constituye ardua tarea encontrar una solución satisfactoria en la búsqueda de explicación de una regla uniforme en el ámbito jurídico que dé fundamento a la vigencia de la regla mayoritaria para la deliberación de la

⁸⁷ Conf: BOSVIEUX, Henri, *L'organisation et des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires sous le régime de la loi du 1er. Mai 1930*, Paris, 1933, ps. 20 y ss. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudio de Derecho Mercantil*, Ed. de Derecho Financiero, Jaén, 1977-1978, vol. II, ps. 55 y ss.

⁸⁸ GALGANO, Francesco, *La società per azioni*, Cedam, Padova, 1978, p. 62, arts. 131, 139, 145, 160 LSC.



DECONOMI

modificación del estatuto en las sociedades de capitales y la contraria del consenso unánime, que se requiere en las sociedades de personas.

La doctrina atiende a distintas pautas; así se pone el acento en el distinto régimen de responsabilidad de los socios (ilimitada en la de personas; limitada en la de capitales), lo que significaría indicar el requisito del consentimiento unánime en las primeras, y la admisión de la regla mayoritaria para la segunda. Pero basta con advertir la hipótesis de la sociedad en comandita simple, en la que la modificación del estatuto exige la conformidad de todos los socios, entre ellos por supuesto los comanditarios, no obstante la limitación que constituye la nota esencial de su responsabilidad, lo que echa por tierra la posibilidad de aplicar este criterio⁸⁹.

Tampoco permanece libre de excepciones la situación proyectada a las sociedades según tuvieren o no personalidad jurídica, que permitiese adjudicar la regla mayoritaria a las corporaciones (siempre dotadas de personalidad jurídica). Porque si bien se admite la estricta correspondencia entre personalidad jurídica, organización corporativa y responsabilidad limitada, aparece pronto una excepción impeditiva de la aceptación de esta regla en la hipótesis de la sociedad en comandita por acciones, donde coexisten personalidad jurídica y socios ilimitadamente responsables, a los que se impone, no obstante, la regla de la mayoría y ello porque el régimen de la responsabilidad limitada es la razón o la explicación del reconocimiento de la personalidad jurídica⁹⁰, pero no es un componente absoluto de ella⁹¹.

La búsqueda de una explicación racional a la regla mayoritaria en la sociedad de capitales no logra una que resulte totalmente satisfactoria, libre de excepciones, por lo cual se pone el acento, más que en los presupuestos teóricos, en las necesidades diversas de funcionamiento de las dos clases de

⁸⁹ Art. 139 LSC.

⁹⁰ RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Personalità giuridica e società di capitali*, Rivista Società, 1970, ps. 547 y ss.

⁹¹ TANTINI, Giovanni: *Le Modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 110 y ss.: "Aparece prevalente como elemento típico de la personalidad jurídica la organización corporativa (antes que la limitación de responsabilidad) con inderogable división en órganos con funciones distintas, para la cual la regla mayoritaria emerge como un elemento de su propia estructura en razón de la limitación de responsabilidad".



DECONOMI

sociedades, de personas y de capitales, en las que se apunta, para las primeras, a su carácter de forma operativa entre dos o más empresarios; y para las segundas, a su función instrumental en la producción o el intercambio de bienes o servicios.

Las exigencias funcionales de ambas determinan distintas disciplinas, pues mientras que para las sociedades de personas la modificación del contrato social permanece en la órbita de competencia de todos los socios, lo que supone el consenso de cada uno de ellos —regla de la unanimidad—, cuando se trata de la sociedad de capitales, la decisión modificatoria se produce necesariamente por mayoría, porque la voluntad del cuerpo colegiado es la que surge de la aplicación de la regla mayoritaria.

1. Sociedad de personas y sociedad de capital. La decisión colegiada y la personalidad jurídica.

La tesis de justificación del principio de mayoría reconoce fundamento en la premisa según la cual el principio mayoritario es conciliable con las reglas de los contratos, importando una tutela estricta de la autonomía privada individual sólo cuando el grupo en el que opera reconoce una organización colegiada, por lo que el principio mayoritario estaría entonces limitado a los grupos en los que las deliberaciones se toman con un procedimiento en el que se respete el método colegial. El colegio, como forma de concentración de grupo, supone discusión, deliberación, participación y opinión, lo que implica tutela de la minoría.

En otras palabras la tesis que implica conciliación de la regla mayoritaria en los grupos con la regla contractual según la cual la organización colegial es alcanzada desde el punto de vista lógico y teórico, reconoce como fundamento que el procedimiento colegial tiene como fases inexorables, en primer término, la discusión que supone deliberación como condición de la decisión, todo lo cual significa garantía efectiva del derecho singular de cada colegiado.

Es concepto arraigado en doctrina el que hace descansar en la organización colegial la legitimidad de la absorción de la pluralidad de las



DECONOMI

manifestaciones de voluntad individual de sujetos pertenecientes a la corporación —colegio— en una única manifestación de voluntad de ésta. Se explica, así, sobre la base de inteligencia del respeto a la tutela de la minoría en el seno del grupo consistente en que la expresión de voluntad singular en el interior de éste supone la posibilidad de incidir o referir la propia opinión a la de los otros singulares, cuya deliberación generará una resultante de voluntad única, en la que estarán subsumidas las de los singulares, en forma tal que todas las voluntades heterogéneas queden reasumidas en una única voluntad.

Esta idea había sido expuesta por O. von Gierke casi metafóricamente, al afirmar el parangón con la antigua asamblea de las armadas, en las que la opinión de la minoría quedaba supeditada al ruido de las armas y los gritos de la mayoría, en cuya función la aclamación era reputada como una voluntad unitaria⁹².

La justificación de la regla mayoritaria guarda vinculación con la personalidad jurídica a la que tradicionalmente se consideró como inmanente, fundando esta conclusión en la organización corporativa, de la cual el respeto al método colegial en la asamblea aparece como inescindible.

Así, la regla mayoritaria es considerada como una característica típica de la sociedad considerada como sujeto autónomo de derecho respecto de sus socios, inherente a todo grupo dotado de personalidad jurídica⁹³.

En el sistema colegiado, la constitución del grupo por asamblea significa estricta vinculación con el reconocimiento de la personalidad jurídica, concluyendo que de la falta de personalidad jurídica en la sociedad de personas emerge la inexistencia del órgano asambleario en este tipo de sociedades⁹⁴.

⁹² RUFFINI, Edoardo, *Il principio maggioritario*, Adelphi editore, 1976, Brossura, 3ª ed., p. 39.

⁹³ GALGANO, Francesco, *Il principio de maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960, p. 11; FERRI, Giuseppe, *Delle società (Disposizioni generali – Soc. Semplici- Soc. in nome collettivo- Soc. in accomandita semplice)*, 2ª ed., en *Commentario del Codice Civile* a cargo de SCIALOJA, Antonio – BRANCA, Giuseppe, *Del Lavoro* (arts. 2247-2324), Libro quinto, Zanichelli, Bologna – SEFI, Bologna, Roma, 1968, p. 90.

⁹⁴ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 17, quien enseña que es relevante como elemento típico de la personalidad jurídica la organización corporativa con inderogable división en órganos de funciones distintas, para la cual la regla mayoritaria emerge como un elemento de su propia estructura en razón de la limitación de la responsabilidad.



DECONOMI

La organización corporativa—colegial— constituye elemento constante típico de la personalidad jurídica, y con ello el principio de la mayoría, inexorablemente condicionado a la organización colegial, estaría limitado a los grupos en los cuales existe personalidad jurídica (fundada esta conclusión en la organización corporativa, elemento del cual es insoslayable el respeto del método colegial de la asamblea en la que son tomadas las deliberaciones de las corporaciones).

La organización colegial transforma así las plurales manifestaciones individuales en la manifestación unitaria resultante de la expresión por la corporación. Entonces, la vinculación de la minoría o de los disidentes o los ausentes no es el resultado de la simple voluntad de la mayoría sino de la corporación, imputable a todos los partícipes.

¿Cuál es el argumento para soslayar la pretendida exclusividad de la aplicación de la regla de la mayoría al grupo dotado de personalidad y, conceptualarlo aplicable al grupo que carece de ella?⁹⁵. Se contesta que aquellos fundamentos, sintetizados en la expresión “colegialidad”, pertenecen a la teoría general del acto, en tanto que miran exclusivamente a la organización interna del grupo⁹⁶ y no a la del sujeto, por lo que no son aplicables en forma excluyente y exclusiva como reconocimiento implícito de personalidad, por lo cual, focalizándolos como dogmática del acto y no del sujeto, resultan compatibles con el grupo o la sociedad no dotada de personalidad⁹⁷.

La vinculación del principio mayoritario entendido como vínculo necesariamente resultante de la organización colegiada del grupo tiene en doctrina otra motivación concurrente, aquella que parte de la base de que el sacrificio de la autonomía privada del individuo perteneciente al grupo como consecuencia del principio mayoritario se justifica por la garantía que representa

⁹⁵ La cuestión en doctrina está referida a las sociedades personalistas en las que no existe asamblea ni, por consiguiente, colegialidad.

⁹⁶ Venditti, Antonio, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. Spa Napoli, 1955, ps. 38 y 45.

⁹⁷ Galgano, Francesco, *Il principio de maggioranza nelle società personali*, CEDAM, Padova, 1960, p. 18, nota 37. Esta conclusión parte de una concepción de personalidad jurídica que no adjudica a la organización colegial el carácter de atributo esencial de ella.



el método colegial, que permite al sujeto singular concurrir en la formación de la deliberación e influir a través de la discusión en la decisión que será así unitaria⁹⁸.

Este razonamiento es propio del sistema continental europeo, en el que la sociedad personalista está dotada de subjetividad, aunque no de personalidad, pero no es menester en el caso del ordenamiento societario argentino en que la LSC reconoce personalidad jurídica (aunque de modo atenuado, respecto de la sociedad de capital), a la sociedad personificada (art. 2 LSC).

IV. LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO

Exigencias novedosas en función de la permanente mutación de las condiciones objetivas en las que la sociedad se desenvuelve (técnicas, económicas, administrativas y financieras) determinan un consecuente cambio en las formas de organización, gestión y administración; nuevos modos o tipos de financiación y objetivos para la producción y para la diversificación de mercados, todo lo cual exige a la vez la adecuación del acto constitutivo u originario contrato social (o, en todo caso, del contrato social actual vigente) a las nuevas necesidades. Tal adecuación implica su modificación⁹⁹.

El acto constitutivo (ya conceptuado como sinónimo de estatuto) es un elemento informante de los objetivos de la sociedad y de los métodos para su consecución; pero la sociedad está concebida como relación de duración en el tiempo, de actividad que perdura y se prolonga. El cambio de las condiciones objetivas requeridas encuentra en la modificación del estatuto el medio apto para que la sociedad enfrente las nuevas exigencias. Se ha dicho, por ello, que la modificación del estatuto refleja el momento dinámico de la sociedad en su

⁹⁸ VENDITTI, Antonio, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Jovene, Napoli, 1955, p. 14 y ss.; y 55: El método colegial garantiza la participación en la formulación de la voluntad colectiva y representa el máximo posible de protección del interés individual: “en la integración de influencia recíproca de las voluntades individuales radica la razón profunda de la adopción del método colegial”; Dice BIANCA, Massimo C., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 19: “es efectivamente la participación en el órgano de deliberación lo que pone al sujeto singular en posición igualitaria respecto de los otros copartícipes del órgano y justifica la sumisión a la decisión de la mayoría como decisión común emanada del concurso de los miembros del grupo”. En igual sentido, FOSCHINI, Marcello, “*Sul diritto di discussione in assemblea*”, en *Rivista Società*, 1962, ps. 53 ss.; VERDE, G. *Sulla rilevanza della discussione nelle assemblee di società per azioni*, en *SEFI*, 1961, I, c. 1905; CANDIAN, Aurelio, *Il potere del socio di parlare in assemblea*, en *Temì*, 1962, ps. 144 y ss.

⁹⁹ En la sociedad de personas también las condiciones subjetivas: aquellas que afectan directamente a la persona de los socios, sin incidencia relevante en las sociedades por acciones.



DECONOMI

aspecto, no de actividad o gestión de sus negocios, sino de su devenir, de su permanencia y desarrollo, de su reestructuración continua como acto instrumental e incide sobre la organización en sentido normativo (salvo excepciones en las que se resuelve en un mero acto contable, en las que la modificación no es sino el reconocimiento de hechos preexistentes: caso del aumento de capital por revalúo, reducción del capital por anulación de acciones o pérdidas de determinada entidad)¹⁰⁰.

Normalmente el cambio o modificación del estatuto será seguido de un acto ejecutivo consecuente en la organización de hecho¹⁰¹.

Ocasionalmente, la modificación puede ser mera ejecución del estatuto, cuando éste no prevé expresamente la sucesiva modificación formal (la delegación en el órgano de administración del aumento de capital dentro de ciertos límites o en forma ya autorizada por el órgano de deliberación)¹⁰².

Ahora ya podría conceptualizarse (no propiamente definir) la modificación del *estatuto* en el sentido estrictamente jurídico o positivo, que más adelante denominaremos “modificación propiamente dicha”, como “cambio de uno cualquiera de sus elementos destinados a incidir en el ordenamiento de la sociedad, en las relaciones entre los socios, o en la integración o supresión de la estructura societaria o de sus elementos particulares”¹⁰³.

Tiene requisitos en su deliberación, decisión, publicidad e inscripción y abarca un espectro de gran latitud, desde los más leves hasta los más extremos: desde el cambio de domicilio a la vereda de enfrente, hasta la hipótesis en que se agreden los aspectos más sustanciales de la organización, de la relación o la participación de los socios, (el cambio de tipo), que puede llegar hasta la mutación del régimen de responsabilidad y a límites de tal trascendencia que sólo encuentran la justificación de su vigencia en el derecho positivo en el reconocimiento del derecho de separación o receso a favor del socio con cuyo consenso no se cuenta.

¹⁰⁰ Arts. 220 inc. 1°, 205 y 206 LSC.

¹⁰¹ CORAPI, Porfirio: *Gli statuti delle società per azioni*, Editore Giuffrè, Milano, 1971, ps. 106 y ss

¹⁰² Art. 188 LSC.

¹⁰³ TANTINI, Giovanni: *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 22.



V. LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO Y LA INALTERABILIDAD DE LA ENTIDAD SOCIETARIA

La doctrina concuerda en que el elemento tipificante de la modificación del estatuto (a diferencia de otros tipos de cambios) es la subsistencia de la individualidad del ente modificado (sociedad) lo que lleva a enfrentarnos con un tema arduamente debatido, como es el de los caracteres individualizantes de la sociedad¹⁰⁴.

Resulta imposible afirmar que la sociedad se individualice con alguno o hasta con algunos (conjuntamente) de los elementos obligatorios para su constitución; a tal punto que un fallo de la Casación Italiana, del 24 de noviembre de 1970, sostuvo que el cambio de objeto y de la denominación social no importa por sí mismo la extinción de la sociedad sino una modificación importante del acto constitutivo¹⁰⁵.

Se trata de todo un conjunto plural constituido por elementos insuficientes aisladamente, lo que podrá dar a la sociedad caracteres que la individualicen.

No obstante, luego de sucesivas modificaciones, es dudoso que la sociedad mantenga sus caracteres individualizantes. Luego de cambios sucesivos de cada uno de los cuales resulte subsistente la individualidad del ente, puede llegarse a una sociedad sustancialmente diversa de la originaria; por lo que se concluye que, así como cualquier cambio del acto constitutivo o estatuto constituye modificación en sentido positivo, contrariamente, no es caracterizante de la modificación su incidencia sobre los distintos elementos de la sociedad (nombre, denominación, objeto, capital, etc.), pues la mutación de tales elementos no supone extinción de la sociedad como tipo de un determinado ente.

¹⁰⁴ GRECO, Paolo, *La società nell sistema legislativo italiano, liniamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 337, dice que “el poder modificativo con aplicación de la regla mayoritaria no reconoce más límites que los derechos individuales e inderogables de los socios y las normas imperativas del orden público y las buenas costumbres”.

¹⁰⁵ *Rivista Giustizia Civile*, 1970-I-1519, nota de Giannatasio, Carlos.



DECONOMI

Los diversos y sucesivos cambios no alteran la individualidad de la sociedad que permanece: pero si nos fuera dado aplicar un velo histórico, que borrara la sucesión de modificaciones entre la sociedad originaria y la resultante de la última modificación, encontraríamos, sin lugar a dudas, dos sociedades sustancialmente diversas, de modo que sólo el cambio histórico inverso nos permitiría reencontrar la sociedad de origen, pero ello de ninguna manera implica que la sociedad hubiera dejado de existir luego de las sucesivas modificaciones de su acto constitutivo o estatuto.

1. Categoría de modificaciones implicadas en el receso

Advirtiendo ya que el derecho de separación o receso reconoce como causales generadoras actos modificativos del estatuto, resulta de fundamental importancia en nuestro estudio la clara definición del perfil de la modificación en sentido jurídico, doctrinario y positivo.

1.1. Modificación positiva o técnica

Atendiendo a la operatividad inmediata *per se*, o bien a la necesidad de implementación complementaria a través de un específico procedimiento reglado, se distingue en positiva o técnica:

(i) La modificación positiva estatutaria en sentido amplio, define el cambio objetivo del acto constitutivo o del estatuto vigente;

(ii) La modificación técnica es una especie del género anterior y requiere procedimiento, publicidad e inscripción reglados¹⁰⁶.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 22.903 de 1983, la modificación estatutaria implicada en el receso era aquella que, además del cambio positivo y objetivo del acto constitutivo o estatuto, requería la nota integrativa de la modificación en sentido técnico, esto es: deliberación, publicación e inscripción. Sin embargo, en virtud del nuevo ordenamiento legal,

¹⁰⁶ GALGANO, Francesco, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, CEDAM, Padova, 1960, p. 35, cita como ejemplo la exclusión del socio en la sociedad de personas lo que configura una modificación al solo fin de la inscripción. Es una modificación en sentido técnico cuya disciplina no encaja en los principios de las modificaciones del contrato, sino más bien en los de la resolución por incumplimiento (arts. 91 y 92 inc. 2 LSL).

En las sociedades de capitales, el cambio de socios-accionistas no supone modificación del estatuto.



DECONOMI

podemos considerar que de todas aquellas notas sólo queda vigente como elemento condicionante la deliberación asamblearia que decide la modificación.

Pasan a ser innecesarios, a los efectos de la generación del derecho de receder en el régimen vigente, la publicidad y la inscripción que antes aparecían requeridos. Pero la regla de la modificación estatutaria positiva u objetiva tiene una excepción cuando se trata de la causal focalizada en el reintegro total o parcial del capital (art. 96 LSC), la que, tratándose de la reconstitución de la cifra existente en el estatuto, constituye un cambio objetivo que no hace menester la modificación del estatuto (arts. 96; 244, 4to. párrafo, 245 *in capit*).

1.2. *Voluntaria o receptiva (obligatoria)*

Corresponde ahora considerar otra categoría: la modificación del estatuto en sentido propio, entendiendo por tal el cambio voluntario del estatuto o acto del grupo que delibera y decide diversas modalidades o elementos en sustitución o integración de los existentes (acto autónomo modificadorio de la relación social), o, diversamente, la modificación consecutiva o sólo receptiva del hecho extraño a la voluntad de deliberación de los socios. Así, por ejemplo, la reducción obligatoria del capital por pérdidas que absorben las reservas y el 50% del capital social (art. 206 LSC) o por revalúo de bienes o por anulación de acciones etc., procedimiento que supone la modificación de uno de los elementos del acto constitutivo, el capital, pero que en esencia es la rectificación del capital nominal para adecuarlo a la realidad. Requiere un proceso deliberativo y decisorio de la asamblea y está sujeto a inscripción, pero no corresponde a una decisión voluntaria, a diferencia de la modificación propiamente tal, sino un sometimiento de la apariencia, o mera forma representada por el capital nominal, a la realidad (capital real).

La modificación receptiva u obligatoria es una modificación consecutiva o impropia, meramente consecuente de un hecho extraño a la voluntad y deliberación de los socios¹⁰⁷.

¹⁰⁷ ZALDÍVAR, Enrique - MANÓVIL, Rafael M. - RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª parte, p. 331.



DECONOMI

Mientras en la modificación voluntaria, la deliberación de los socios y su decisión es seguida del cambio de organización, administración o relación, que son consecuencia del acto voluntario de la sociedad a través de su asamblea; inversamente, en la modificación impropia o receptiva, cronológicamente acontece primero el hecho, que luego el procedimiento de los socios se limita a verificar y dado su carácter obligatorio (a diferencia del carácter voluntario de la otra categoría) sucede la consecuente modificación de la relación¹⁰⁸.

La hipótesis del art. 103 LSC comporta una modificación voluntaria del estatuto. La del art. 206 LSC es, en cambio, receptiva, pero ninguna es causal de receso pues no generan cambio en la medida de responsabilidad ni riesgo del socio o accionista.

Desde el punto de vista de la categoría de las modificaciones estatutarias, la única implicada en el receso es la voluntaria, esto es, la originada en el órgano asambleario, no así la impuesta por la ley. En otros términos, sólo es causal de receso la modificación estatutaria que reconoce la expresión afirmativa originaria decidida por la asamblea de accionistas por vía de su forma extraordinaria.

Consecuencia importante en cuanto a la no aplicabilidad del derecho de receso cuando se trata de una modificación estatutaria meramente receptiva u obligatoria (no voluntaria) es el de las modificaciones estatutarias impuestas en virtud del régimen especial al que se encuentran sometidas las sociedades cuyo funcionamiento está supeditado a la autorización administrativa para funcionar (hipótesis de sociedades de seguros, entidades financieras, etc.). Las reglamentaciones pertinentes exigen a la sociedad, bajo apercibimiento de revocación de la patente y/o liquidación, modificaciones estatutarias, tales como fusiones, reintegros o aumento de capital, las cuales responden a las exigencias de las relaciones técnicas impuestas por el régimen especial al que se encuentran sometidas. En estas hipótesis, por tratarse de modificaciones estatutarias meramente receptivas u obligatorias, ajenas a la directa voluntad de

¹⁰⁸ La hipótesis del art. 203 LSC comporta una modificación, facultativa, voluntaria, del estatuto. La del art. 206 LSC es, en cambio, receptiva.



la sociedad, y resultantes, por el contrario, del especial régimen o sistema, no existe derecho de receso¹⁰⁹.

La regla que presupone en la causal de receso una modificación voluntaria del estatuto tiene una excepción, incorporada por la ley 22.903 en el art. 245, 2do. párrafo, focalizada en el reconocimiento del derecho de receso a los accionistas que hubieren de recibir acciones destinadas a la cotización u oferta pública como consecuencia de un procedimiento de fusión o escisión, cuando la autoridad de control deniega la autorización. Ese acto administrativo es externo (*rectius*: contrario) a la voluntad de la sociedad y por ello su consagración como causal de receso (originada en la denegatoria administrativa) constituye una excepción a la regla de la modificación voluntaria como única categoría de modificaciones del estatuto causal de receso (en rigor, debe advertirse que en la hipótesis no existe modificación del estatuto, sino una veda administrativa a la modificación previa que, ya consumada en el sentido positivo, impide su culminación técnica).

VI. EL ACTO CONSTITUTIVO, EL ESTATUTO Y LA DISCIPLINA CONTRACTUAL

Razones de método y expresión obligan a la precisión de dos términos significativos de dos institutos diversos, respecto de cuya trascendencia y disciplina, en orden a nuestro estudio, es menester una clarificación previa para facilitar el ulterior desarrollo y evitar confusiones.

El acto constitutivo es el conjunto de cláusulas que reglan los elementos necesarios al origen de la sociedad. El estatuto es el conjunto de cláusulas que norman la organización y el funcionamiento (también liquidación) de la sociedad, establecido por imperio de la ley para conformar el tipo elegido por los socios, o determinado por los mismos socios para integrar o derogar (en el ámbito de lo permitido) la disciplina legal que regla el tipo social electo.

¹⁰⁹ CNCom., Sala A, 09/09/1981, "*Almeida, Raúl y otro c/ Sadela S.A. del Atlántico, Cía. Financiera*", LL 1983 -B-62.- Jurisprudencia Parte Quinta N° 25, 230, 231.



DECONOMI

En doctrina aparece convincente la afirmación de la inadmisibilidad de una duplicación de naturaleza y disciplina, auspiciándose el reconocimiento de un tratamiento unitario como acto constitutivo y estatuto.

El ordenamiento de la sociedad por acciones es de tipo contractual, creado por la autonomía de las partes, en el ámbito de un esquema típico impuesto por la ley (art. 1, LSC). Las normas estatutarias constituyen el trámite a través del cual las normas organizativas fijadas abstractamente por la ley para la calificación del tipo “sociedad por acciones”, en virtud de entrar a formar parte del singular ordenamiento “*estatutario*”, gobiernan la vida de las diversas sociedades por acciones como organismos concretamente existentes en el ordenamiento general.

La conclusión doctrinaria respecto de la identidad de tratamiento hace procedente la remisión de ambos actos a las normas que regulan los contratos¹¹⁰.

Pero otra doctrina, partiendo del principio según el cual en la sociedad con personalidad jurídica la disciplina o regulación del grupo asume relieve en el plano del ordenamiento general (que predispone el contenido y el efecto de la relación), concluye que el ordenamiento estatutario debe ser excluido de la preceptiva contractual¹¹¹.

¹¹⁰ CORAPI, Porfirio, *Gli statuti delle società per azioni*, Editore Giuffrè, Milano, 1971, ps. 192 y ss; 343 y ss.: Acto constitutivo y estatuto deben ser interpretados con arreglo a las normas sobre los contratos.

¹¹¹ SCORZA, Bernardino, *Gli statuti degli enti a tipo associativo, con particolare riferimento alle società di commercio*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1934, p. 142: “A la luz de las normas contractuales no se explicaría la oponibilidad a terceros, por lo que las normas del estatuto no serían expresión de la autonomía de la voluntad, sino que asumirían el carácter de las normas objetivas, en cuanto el ordenamiento estatal haría reenvío a las normas del ordenamiento societario”. Se contesta que la oponibilidad es el resultado de la publicación del acto, no del mismo estatuto, ya que éste no produce efecto en la esfera jurídica de terceros.

ANAYA, Jaime, “El marco jurídico de la empresa” en *Tratado de la Empresa* (Ana Piaggi, Directora), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 37, realiza un profundo e ilustrativo estudio del marco jurídico de la empresa. Atrapa al lector todo el texto, de inexcusable lectura, particularmente aquel pasaje en el que bajo el subtítulo de “La sinonimia o fusión” pasa revista a las teorías de Mossa Paillusseau, Ripert, Garrigues y Tantini, cuyas investigaciones constituyen el común denominador de la vertiente del subjetivismo, para poner en evidencia, en resumen, la clara diferencia de esencia existente entre la vertiente organizativa que pone el acento en la sociedad por parte de interés, como supervivencia de forma de colaboración entre empresarios, frente a la sociedad de capital como instrumento de producción en masa, en la que el principio mayoritario sacrifica la voluntad subjetiva a la funcionalidad. “El grupo empresario” constituye un prolegómeno del tratamiento del interés de la empresa, y aquí profundiza un tema casi extraño a la doctrina argentina y de difícil instalación, tal como las dificultades planteadas del establecimiento en razón de la versatilidad y la indefinición de los contenidos de hacienda y empresas (Cfr. p. 44).

Partiendo de las enseñanzas de ASQUINI, en orden al reconocimiento e inexistencia de unidad conceptual de la empresa analiza los cuatros conceptos reales sobre los que quedó instalada por su idoneidad la base



DECONOMI

Se puede afirmar que el estatuto tiene trascendencia, en carácter de reglamento contractual, que establece normas de conducta que regulan el funcionamiento del grupo, delimitando la estructura de la sociedad.

Las reglas estatutarias tienen características de generalidad y abstracción que son inherentes a toda regla de organización de una actividad¹¹².

Modificación del acto constitutivo (o estatuto) es cualquier cambio de una cláusula de éste (comprendida la derogación a las normas dispositivas del ordenamiento legal).¹¹³

Si —como concluimos— la decisión mayoritaria (sin consenso del socio singular) resulta eficiente en la sociedad de capitales para la ya definida modificación del estatuto (o del acto constitutivo), la especulación que aspira a encontrar su vinculación—la de la modificación— con el acto de creación u origen de la sociedad o acto constitutivo nos pone frente al problema de la concepción de la sociedad como contrato o como persona jurídica.

Así se insinúa la particular incidencia del problema de la teoría general de la sociedad y su naturaleza (contractual o extracontractual) sobre las modificaciones del estatuto, la tutela de la minoría y los derechos individuales de los accionistas, a su vez íntimamente vinculado con el del derecho de separación del accionista.

Varias teorías, con diversas versiones conceptuales, a las cuales se ha denominado institucionalistas, coinciden en admitir el origen contractual de la sociedad, pero afirman que el contrato original que organiza y pone en funcionamiento el grupo no se extingue en sí mismo sino que el ordenamiento del grupo sustituye a la relación contractual¹¹⁴.

para sistematizar la problemática de la empresa y presentar bajo sus cuatro perfiles o conceptos, el subjetivo, el funcional o dinámico, el objetivo o patrimonial y el corporativo, sus más relevantes desarrollos.

¹¹² MESSINEO, Francesco, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, Voz: “*Contrato normativo y contrato tipo*”: Mientras las reglas estatutarias están destinadas a una actividad en acto (en desarrollo), los contratos normativos lo están a las relaciones futuras, potenciales.

¹¹³ COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 84: Las normas jurídicas son: 1) Imperativas (ordenan sin facultar una conducta diversa); 2) Prohibitivas (imponen una omisión); 3) Permisivas, facultativas o dispositivas; pueden dividirse en, a) supletivas (regulan conducta con facultad de apartarse de ellas); b) interpretativas (interpretan conductas); c) autorizantes de una conducta.

¹¹⁴ CORAPI, Porfirio, *Gli statuti delle società per azioni*, Editore Giuffrè, Milano, 1971, p. 60, distingue con precisión entre el contrato de cambio y contrato asociativo: “Si bien en todo tipo de contrato está presente un principio de colaboración en orden a conjugar los intereses de las partes, en los contratos de cambio el



DECONOMI

La teoría contractual de la sociedad encuentra aguda crítica en quienes sostienen que la modificación del estatuto de la sociedad con personalidad jurídica por la asamblea, subordinada a la aplicación de la regla mayoritaria, es incompatible con el principio de unanimidad vigente en la disciplina contractual.

Por ello se argumenta que el sistema de la modificación no debe considerarse un acto de los socios en una relación contractual, sino que debe ser focalizado en la particular organización de la sociedad con personalidad jurídica, o sea como un acto de la sociedad como ente (cuya voluntad los socios forman como órganos). Los socios delegan en la sociedad (en o por el contrato social) la factibilidad de la modificación por un órgano (distinto de los socios mismos), cuya voluntad los socios forman en virtud del ordenamiento del grupo¹¹⁵.

El presupuesto de esta posición es la existencia de un doble género de actos: los de la sociedad por una parte y los de los socios singularmente por la otra, pero receptados estos últimos por la sociedad como propios de ésta. Los actos de ejecución del contrato pertenecerían a la primera categoría, y a la segunda, los de modificación del estatuto.

En los actos de modificación, la voluntad de los socios (como contratantes) es asumida por la sociedad como si fuese voluntad unánime, operándose así la sustitución de la totalidad de la mayoría “como si se tratase de la voluntad unánime”, vinculante de todos los socios, obviamente también de la minoría. El derecho de receso sería entonces la correspondiente compensación a la derogación de la regla de la unanimidad y la asunción de la regla mayoritaria, en el tema de la modificación del acto constitutivo (o estatuto).

momento de la colaboración se agota rigurosamente en el acto, mientras en los contratos asociativos en general –y en el contrato de sociedad en particular- la colaboración se proyecta en función de la organización de la actividad, en la fase de actuación”.

¹¹⁵ TANTINI Giovanni: *Le Modificazioni dell' atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 48, transcribe a DALMARTELLO, Arturo: *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1937 p. 48: la asamblea actúa en forma análoga a la figura del arbitrador al que las partes se remiten para la integración de la relación jurídica en el ámbito de la disciplina de los contratos. Las sociedades, o más precisamente el órgano asamblea, serían aquí delegados por los socios para la modificación del estatuto.



DECONOMI

Sin embargo tal tesis no es convincente, porque el derecho de separación del accionista no cubre un supuesto vacío entre la voluntad mayoritaria y la de los socios todos (unánime), sino que representa un correctivo en algunos casos de modificación más relevantes y, precisamente, aquellos en los que incide su interés esencial.

Si el derecho de separación representase el correspondiente a la renuncia de la regla de la unanimidad por la modificación del contrato, como se desprende de las argumentaciones de los críticos a la teoría contractual, el receso debería concederse en todos los casos de modificaciones y no solamente en aquellos más relevantes, que afectan el interés esencial del socio.

Quienes no encuentran viabilidad a la regla mayoritaria en el esquema contractual de la sociedad incurren en el error de una desacertada definición del concepto de contrato, en cuyo contenido no admiten sino el contrato de cambio, sin advertir que una moderna revisión a la luz de la mejor doctrina permite trascender de la concepción romana a una mucho más amplia, que posibilita incluir dentro de las reglas contractuales todo acuerdo de dos o más voluntades para conciliar o disciplinar la conducta de dos o más partes¹¹⁶.

Conforme con la elaboración doctrinaria contractualista, la regla mayoritaria no es sino un elemento inherente al carácter organizativo estructural en el contrato de sociedad, o sea que la correspondencia entre contrato y regla mayoritaria tiene su origen en el hecho de que el acto crea una organización y que esta organización importa una actividad¹¹⁷.

Así, la moderna teoría contractual supera con su mayor espectro, en su más difundido ámbito, la crítica que la reputa insuficiente para la comprensión del íntegro fenómeno de la modificación del estatuto o acto constitutivo sin necesidad del consenso del socio singular.

¹¹⁶ COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 24

¹¹⁷ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1937, ps. 22 y ss.



VII. LA REGLA MAYORITARIA Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Advertida la admisibilidad de adecuación de la regla mayoritaria en la disciplina contractual, es menester poner de relieve que tradicionalmente aparece enfocada como una característica típica de la sociedad (considerada como sujeto autónomo de derecho respecto de sus socios) e inherente a todo grupo dotado de personalidad jurídica¹¹⁸.

Desde luego que esto nos lleva a enfrentarnos con el problema de la concepción de la persona jurídica como un fenómeno de naturaleza compleja no susceptible de ser reducido en su totalidad al esquema contractual, pero ello supera el límite de este trabajo, que apunta a conclusiones aplicables al derecho de receso.

No obstante, limitando nuestra especulación a la conclusión expuesta, diríamos que en última instancia la doctrina encuentra en la búsqueda de la naturaleza de la persona jurídica un elemento típico, constante e invariable, que es el de la inderogabilidad de la organización corporativa, cuyo elemento se puede dar en las sociedades de personas, aunque no necesariamente.

A su vez, la organización corporativa se da en orden o en función del beneficio de la responsabilidad limitada, (responsabilidad limitada de los miembros y de los administradores), pero ello constituye solamente la razón de la particular regulación y no un elemento esencial.

La organización corporativa constituye así un elemento constante y por ello susceptible de ser conceptualizado como elemento típico de la personalidad jurídica.

¹¹⁸ GALGANO, Francesco: *Il principio de maggioranza nella società personali*, CEDAM, Padova, 1960, p. 11; FERRI, Giuseppe: “Delle società (Disposizioni generali- Società semplici- Società in nome collettivo- Società In accomandita semplice)”, 2ª ed. en *Commentario del Codice Civile* a cargo de SCIALOJA, Antonio – BRANCA, Giuseppe, Zanichelli, Bologna- SEFI, Roma, 1968, p. 90. TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell’atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 51: Se observa que el sistema colegiado (la constitución del grupo por asamblea) tiene estricta vinculación con el reconocimiento de la personalidad jurídica, concluyendo que la falta de personalidad jurídica en la sociedad de personas emerge de la inexistencia del órgano asambleario en este tipo de sociedades.



DECONOMI

Mientras las sociedades de capitales aparecen dotadas de personalidad jurídica en las que la característica inderogable es la organización corporativa, hay que advertir que en toda colectividad organizada, a la cual el ordenamiento legal imputa en modo unitario los efectos de su actividad, aparece la subjetividad.

Así, entonces, la personalidad jurídica atiende a la organización corporativa en función normal del beneficio o privilegio de la responsabilidad limitada y ello acontece en la sociedad de capitales, mientras que en la sociedad de personas la adjudicación del carácter de sujeto autónomo de derecho se revela a través de un orden cualitativamente más leve, significado por la subjetividad, en cuyo elemento se configura la imputación unitaria de autonomía del grupo frente a terceros.

Cuando en las sociedades de personas es característica normal la responsabilidad ilimitada de sus miembros (correspondiente al poder de administración inherente a su calidad de socios), las dotadas de personalidad jurídica y caracterizadas por organización corporativa en líneas generales se fundan en la responsabilidad limitada de sus socios y administradores.

Se debe reconocer en la disciplina de la sociedad en comandita simple o por acciones una excepción al principio de correspondencia entre responsabilidad limitada y reconocimiento de la personalidad jurídica, circunstancia ésta que ya hemos visto anteriormente (el socio comanditado tiene responsabilidad limitada)¹¹⁹.

Y por ello, precisamente, en la personalidad jurídica no se identifica el régimen de la responsabilidad como un elemento invariable, constante y definitorio, sino en el de la inderogabilidad de la organización corporativa.

Con el riesgo que supone toda esquematización, la sociedad anónima (o sociedad de capitales en general), está dotada de personalidad jurídica cuya característica esencial, inderogable, *sine qua non*, es la organización corporativa, en razón (no esencial, por lo que admite excepciones) de la responsabilidad limitada de los accionistas.

¹¹⁹ Art. 134 y 314 LSC.



DECONOMI

La sociedad de personas en cambio, tiene una característica normal: la responsabilidad *ilimitada* de los socios, y no constituye nota típica o inherente a su esencia la organización corporativa, sino solamente subjetividad (que significa la autonomía del grupo).

VIII. SOCIEDAD: SU CARACTERIZACIÓN COMO CONTRATO PLURILATERAL DE ORGANIZACIÓN. COMPATIBILIDAD DE LA REGLA MAYORITARIA Y EL DERECHO DE RECESO CON LA DISCIPLINA CONTRACTUAL

Se pretende avanzar con la especulación hacia la definición o la focalización del contrato de sociedad, en forma de posibilitar ulteriormente la consideración de los distintos tópicos de la modificación del estatuto, y el más específico del derecho de receso, en ocasión de las modificaciones más relevantes, en orden a los principios generales que habrán de ser aplicados a estas instituciones.

Las conclusiones anteriormente expuestas, que permitieron atribuir a la persona jurídica el carácter de una técnica de organización para la obtención de intereses individuales “de los socios” (pero comunes), no están en pugna aparentemente con la concepción positiva de la sociedad y tampoco presentan una contradicción íntima con el sistema económico estructurado sobre la iniciativa privada, un régimen (teleológico) de concurrencia con participación de grupos activos de accionistas en la gestión de la empresa (aun cuando los accionistas fueran minoritarios).

Así, la incorporación de la sociedad a la concepción contractual se fue reabriendo camino con amplio consenso en la doctrina y se revalorizan entonces, a la luz de la disciplina de los contratos, institutos que anteriormente se consideraban incorporados a la teoría de las instituciones: exclusión de los socios, tradicionalmente analizada como expresión de un poder de disciplina de la sociedad y ahora interpretada a la luz de la disciplina de los contratos; cesión de las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada, que aparece calificada



DECONOMI

como cesión del contrato¹²⁰, y hasta el mismo receso de la sociedad es vuelto a la disciplina de la rescisión unilateral del contrato¹²¹.

No obstante, como suele acontecer en el movimiento pendular de las instituciones (paralelo a análoga situación económica e histórica), la aparición de las llamadas sociedades gigantes por acciones en el derecho anglosajón (*giant corporations*), en las que una exigua minoría ejerce el poder ante multitud de accionistas y donde la tradicional figura del socio aparece sustituida por la del accionista inversor—ahorrista, parece provocar una nueva crisis en la concepción contractual de la sociedad.

El análisis del nuevo fenómeno del mundo capitalista ha sido realizado mediante la definición de las características fundamentales de la sociedad gigante por acciones, individualizando ésta sobre las siguientes notas: 1º) el control o poder real aparece concentrado en las manos de los directores y no de los accionistas; 2º) la dirección se constituye en un grupo que se autoperpetúa; 3º) la autofinanciación, o tendencia de la sociedad a la independencia financiera.

El primero de estos aspectos, la separación de la propiedad con relación al control (aquí propiedad debe entenderse como sinónimo de “propiedad con capacidad de ejercer el control”), había sido caracterizado ya con mucha anticipación como el elemento típico en el origen de las grandes sociedades accionarias¹²².

El cuestionamiento de las conclusiones, que ya parecía como casi unánime en torno al planteamiento contractual e institucional, postula la adecuación a la realidad económica abandonando la tradicional polémica, la que en sus tentativas de demostrar o refutar definitivamente la naturaleza contractual de la sociedad entrañaría una ambivalencia o contradicción del fenómeno

¹²⁰ GALGANO, Francesco, “Delle associazione non riconosciute”, en *Comentario del Codice Civile* de SCIALOJA, Antonio – BRANCA, Giuseppe, Bologna-Roma, 1982, p. 14; TANTINI, Giovanni, *Società a responsabilità limitata*, 1971, p. 97.

¹²¹ DE FERRA, Giampaolo, *La circolazione delle partecipazione azionarie*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 11; GALGANO, Francesco, “Delle associazioni non riconosciute”, en *Commentario del Codice Civile* de SCIALOJA, Antonio – BRANCA, Giuseppe, Bologna-Roma, 1982, cit. nota 20. La sociedad estaría regulada en el momento de creación por la disciplina de los contratos y en el segundo momento (de organización), por las normas sobre las personas: aquí aparecería la vigencia de la regla mayoritaria.

¹²² BARAN, Paul Y SWEEZY, Paul: *Il Capitale monopolistico*, trad. It., Einaudi, Torino, 1968; ASCARELLI, Tullio: “Proprietà privata e control della ricchezza”, RDPC, 1952, p. 753, TANTINI, Giovanni: *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, cit. p. 76.



DECONOMI

societario que las varias teorías, en lugar de resolver, pondrían en mayor evidencia.

De manera más o menos desembozada la crítica apunta a un cuestionamiento jurídico que centra sus argumentos en la postulación de la insuficiencia—y hasta de la contradicción— de toda la disciplina de la empresa —no solamente la contractual— para dar satisfacción al fenómeno económico moderno.

El episodio final del embate suele terminar con una afirmación socio—política contra la sociedad por acciones toda, cuya estructura es reputada incapaz para la solución de la problemática planteada por las nuevas sociedades con grandes capitales, vastamente difundidos o con gran base accionaria.

El modelo de la sociedad por acciones aparecería como insuficiente para abarcar la amplitud de fenómenos nuevos generados por el nuevo tipo de sociedad caracterizada, según se ha expuesto, por la separación de la propiedad con relación al control, la decadencia como objetivo primigenio por parte del accionista de la finalidad de la ganancia; el menoscabo del aspecto privatístico a favor del aspecto público significado por las condiciones de funcionamiento de la sociedad en oligopolio o monopolio en relación con toda la economía nacional.

Por último, la difusión de las acciones entre inversores, clientes, trabajadores, dependientes y hasta los mismos consumidores provocaría la aparición de intereses totalmente diversos a los de los socios, por lo que, bajo la óptica de tales intereses, la sociedad tendría un objetivo de autosuficiencia por vía de la obtención de las dimensiones óptimas y de autofinanciación. Asimismo, se trata de obtener un incentivo que, aun aspirando al máximo de provecho, tienda a bajar la tasa de los dividendos, lo cual no significa que se deje de lado como objetivo primordial de la sociedad la obtención de utilidades, sino solamente que el grupo dirigente y sus accionistas mayoritarios se ponen de acuerdo en la diversificación de las utilidades antes que en la distribución, porque de ese modo se obtiene la autofinanciación empresarial y simultáneamente se posterga la consecuencia que está dada por el incremento del valor de las acciones.



DECONOMI

Aquí aparece frustrado el pequeño accionista ahorrista, el que procuraría encontrar un rédito elevado de su capital.

La sociedad aparecería como un centro de poder económico—político y, en definitiva, como una entidad con funcionamiento autónomo, o desprovista de carácter privatístico, para aparecer como un ente “originario” y prácticamente “soberano”¹²³.

Así, reducida la participación del accionista en la gran sociedad por acciones, nace un enfoque institucionalista de la empresa, que descarta los límites demasiado estrechos y aparentemente insuficientes de las reglas contractuales.

Las teorías institucionalistas reconocen una elaboración estructurada en la doctrina francesa hacia 1910. En ella se define la sociedad como la institución cuyas características son: 1) una “idea directriz” soberana, que constituye su fin; 2) un “principio de autoridad”, que tendrá por justificación cumplir con la idea directriz; 3) la comunión de los miembros en torno a aquella idea¹²⁴.

Queda entonces delineado un “ser social” independiente de sus miembros, con una realidad histórico—fáctica previa a la jurídica (posterior), que queda supeditada y condicionada a aquélla. Sus normas reguladoras no serán derivadas de la libertad individual, sino de un estatus predeterminado por una idea (directriz) que “gobernaba como un cuerpo viviente a esa empresa que tenía una potencia y duración superior a los individuos que la habían organizado”.

Esta teoría estructura un ser social intermedio entre el Estado y la familia; dota a la empresa de notas vivas, casi humanas: búsqueda del bien

¹²³ ALEGRIA, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, LL 2006-B- 1172, la empresa ocupa hoy un lugar central en el desarrollo de las distintas comunidades, del Estado y de los estratos de la sociedad. Desde este punto de vista ya no puede verse sólo como una emanación de la personalidad de un individuo (empresario) sino que también es el centro de generación, de potenciación y, en alguna proporción, de medios para el desarrollo individual y colectivo. Hemos comprendido hoy, pues, que la empresa no es sólo una propiedad o una fuente de renta. Es asimismo un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos e individuos que la componen.

¹²⁴ HAURIUO, Maurice: *Principes de droit administratif et droit public*, Larose et Tenin, Paris, 1910; COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 16.



DECONOMI

común, poder en función de intereses no sólo comunes sino de un concepto más amplio, el del interés común; interés perdurable (frente al precario y definido del objeto contractual); y sometimiento de los estatutos al interés social (con la consecuente viabilidad de modificaciones sin consenso de los socios).

Dirigida con intencionalidad ideológica, la teoría produjo un embate espectacular en el tipo societario que tipifica al régimen liberal—capitalista: la sociedad anónima.

Pretendió así transferir a ésta sus principios, enseñando que el contrato en su momento genético produce un organismo (sujeto de derecho, distinto al de los socios) con un fin propio, que es la realización de un interés intermedio entre la sociedad y el Estado y en el que la administración de la sociedad no está tanto a cargo de meros mandatarios de los accionistas, como de órganos de dirección y control al servicio de la “idea directriz” sobre la base del propio “principio de autoridad”¹²⁵.

Se observa que en la teoría de la institución lo útil subsume a lo jurídico: el socio no conocerá cuál es el derecho porque él debe someterse al del interés social; no podrá invocar la nulidad de una decisión asamblearia por violación a la ley o el estatuto (basta con que ésta se acomode a la utilidad colectiva).

La regla mayoritaria carecerá igualmente de prevalencia y obligatoriedad en cuanto se oponga al interés colectivo.

Su formulación imprecisa, plena de conceptos sociológicos, carente de fórmulas dogmáticas, no pudo desplazar los conceptos jurídicos producto de laboriosas construcciones. La armoniosa disciplina de la autonomía de la voluntad, estructurada sobre un bien enclavado juego de precisas normas y principios, no reconoce prioridad científica ni axiológica a una teoría que subordina al fin colectivo, los principios de la sociedad pluralista.

¹²⁵ ANAYA, Jaime, “El marco jurídico de la empresa”, en *Tratado de la empresa* (Ana Piaggi, Directora), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 38-46; ALEGRIA, Héctor “*La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (evolución, panorama actual y cuestiones modernas)*” en *Tratado de la empresa* -Ana Piaggi Directora-, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 2 y ss; GAILLARD, Émile, *La société anonyme du demain*, Sirey, Paris, p. 37, cit. por COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 19.



DECONOMI

Sin embargo debe reconocerse que aparece actualmente desdibujada la figura societaria, tal como fue tradicionalmente definida en el derecho positivo italiano de 1942, pero no por ello se puede abandonar la concepción contractual que insufla toda la legislación y la doctrina, porque ello supondría realizar un absoluto, radical y antagónico planteamiento, con derogación de la integridad del sistema y de su ámbito privatístico¹²⁶.

Nuevas exigencias han llevado a la proliferación de sociedades en las que el tradicional accionista, interesado en la explotación, cede posiciones ante un nuevo género de inversores, preocupados no tanto en la marcha de la sociedad como en la mera ganancia, diluyendo el perfil tradicional del accionista interesado por la suerte de su aporte y el control de la sociedad; adquiriendo en cambio novedoso relieve en estas sociedades de gran base accionaria el accionista especulador, axiológicamente minimizado su interés frente a una sociedad que adquiere “fines propios”.

El hecho de que existan en posiciones idénticas dos categorías de accionistas: los minoritarios (en relación con el capital), que son a su vez mayoritarios (en cuanto al control de asamblea), y, por otro lado, la gran mayoría solamente motivada por un interés de inversión o especulación, no puede dejar pasar por alto que es sobre los socios que descansa el poder en la sociedad y ellos son los que en definitiva transmiten su poder a los administradores y dirigentes, aun cuando este poder pueda tener apariencia de autonomía.

Lo que en tales casos acontece es una deformación o fenómeno límite dentro del sistema contractual: la expoliación de los derechos de la mayoría— que son minoría en cuanto al control— por parte de la minoría, que domina la sociedad.

Naturalmente que este nuevo tipo de problemas puede llevar a la disyuntiva de si ellos encuentran solución adecuada dentro de la disciplina de las

¹²⁶ TANTINI, Giovanni: *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, ps. 74 y ss.



DECONOMI

sociedades por acciones, o si debe procurarse en el exterior por un sistema de controles publicísticos.

En la práctica existe una ostensible tendencia a favor de los controles de naturaleza pública, lo que significa, en definitiva, optar por la racionalización de la disciplina actual de la sociedad por acciones, manteniéndose vigente su estructura.

En los capítulos anteriores se definió tanto el acto constitutivo como la sociedad como un conjunto de relaciones susceptibles de ser consideradas a través de la disciplina contractual, explicando ello la conceptualización de relación contractual también para la posición de los socios internamente en la sociedad.

La concepción de la personalidad jurídica, más que mutar esa posición en la de órganos de un nuevo ente distinto a los socios individualmente, tiene sólo la significación de una particular disciplina de organización que la ley adjudica al reconocimiento de la personalidad jurídica: las partes (socios) determinan el contenido del contrato (constitutivo), el que produce efecto como todos los contratos (*ex lege*), en tanto que el reconocimiento de la personalidad jurídica agrega otros efectos contractuales de los cuales el carácter inderogable de la organización corporativa, en función de la responsabilidad limitada, aparece como esencial.

Así se diluye la incompatibilidad del momento originario o constitutivo (eminentemente contractual) y el momento dinámico organizativo (esencial a la personalidad jurídica). La diversidad de la naturaleza entre uno y otro desaparece a la luz de la doctrina, que da al concepto de persona jurídica el carácter de una fórmula abreviada para resumir una disciplina normativa de alguno de los grupos organizados.

Quienes tachan de insuficiente la teoría contractual para captar el entero fenómeno societario caen en el difundido error de reducir el concepto de contrato al tradicional esquema romano, sin advertir que su mucho más amplio espectro se configura toda vez que exista acuerdo de dos o más voluntades para conciliar o disciplinar la conducta de dos o más partes¹²⁷, lo que modernamente

¹²⁷ COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 24.



DECONOMI

permite la inclusión en el ámbito contractual de la categoría de los contratos plurilaterales asociativos o de organización, cuya teoría constituye uno de los más relevantes aportes de la doctrina italiana a la determinación de la naturaleza jurídica de la sociedad.

Se demuestra así la esterilidad de largas disputas teóricas, tendientes a ubicar las cuestiones relativas al origen del acto constitutivo y su desarrollo en el marco tradicional del contrato de cambio.

Se caracteriza el valor típico del contrato asociativo en términos de organización, dando al ejercicio o dinámica de la actividad una configuración de estructura.

El acto se proyecta sobre la actividad y ésta constituye un necesario e infaltable desarrollo de él. El contrato atiende al ejercicio en común del grupo, de una actividad que se desarrolla *en una serie de actos en los que se determina contenido y modalidad (organización)*¹²⁸.

La individualización de la organización como elemento típico y caracterizante de la sociedad permite colocar el contrato de sociedad (y de los

¹²⁸ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 26. Son notas del contrato plurilateral *de organización*:

1° Se trata de un contrato plurilateral, a diferencia de los contratos de cambio, en los que las partes no pueden ser más de dos. La naturaleza contractual subsiste.

2° Es una especie entre los contratos plurilaterales, singularizada por determinar una organización colectiva. El sujeto de derecho, así derivado, configura el contrato de organización o asociativo como un contrato de ejecución continuada. De ello resulta:

a) La relación sinalagmática se establece no sólo entre las partes, sino también respecto de cada parte y del sujeto de derecho.

b) Las prestaciones están dirigidas al nuevo sujeto y no al otro contratante como en el contrato de cambio. Por ello, aunque los intereses sean opuestos su satisfacción resulta común.

c) El cumplimiento de las prestaciones no importa la caducidad del contrato.

d) Las prestaciones son atípicas, y no determinadas como en el contrato de cambio.

e) Cada parte no solamente está obligada a cumplir su prestación, sino que también tiene el derecho de hacerlo.

f) El simple consentimiento de las partes es inhábil para determinar la extinción de todos los efectos del contrato.

g) La no aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* consagrada para los contratos de cambio en el art. 1201 Cód. Civ.

h) La no aplicación del pacto comisorio tácito estatuido en el art. 216 Cód. Com., respecto de los socios entre ellos.

i) El contrato no se extingue por la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida por una de las partes, contrariamente a lo que disponen para el contrato de cambio los arts. 888 y ss. Cód. Civ.

j) El contrato tampoco se extingue en el caso de nulidad o anulabilidad de la prestación a cargo de una de las partes, diversamente de lo que ocurre en el contrato de cambio, según lo dispuesto por los arts. 1052 y cc. del Cód. Civ.



DECONOMI

contratos asociativos y en general) dentro de las disciplinas de las distintas clases de contratos.

Se determina así, en el contrato plurilateral en comunión de fines, la categoría aquella en la cual se engloban los contratos asociativos y entre éstos el contrato de sociedad, en contraposición con los contratos de cambio.

Integrando el concepto, y para tipificar en mejor medida la clasificación, se pone el acento, además, tratándose de la sociedad, en el contrato asociativo y de sociedad en particular, en la “organización de la actividad”, con lo que el contrato aparece ya con un margen propio no susceptible de ser encuadrado en otras categorías por su peculiar y distintivo carácter “organizativo”.

La consecuencia de la caracterización de la sociedad, como tipo de la categoría del contrato plurilateral en comunión de fines (o de organización) supone la aplicación de toda la disciplina de los contratos en cuanto no se encuentre derogada por la disciplina de la especie particular.

Supone también trasladar a la disciplina de los contratos los principios de interpretación del acto constitutivo, de exclusión del socio, de la cesión de acciones y, en lo que interesa a nuestro trabajo, el derecho de receso.

Individualizando en la organización de la actividad el elemento típico, esencial y estructuralmente fundamental del contrato de sociedad, y de los contratos asociativos en general, se posibilita calificar a la sociedad como especie contractual en su origen y en su desarrollo, en el acto constitutivo y en las consecuencias de su ordenamiento¹²⁹.

Un largo y difícil esfuerzo doctrinario legislativo fue primero tímidamente y luego en forma ostensible introduciendo en el mundo jurídico el concepto de empresa cuya noción insinuada en las reglas de la ordenanza francesa de 1673 sobre la competencia de los Tribunales de Comercio se asentó en la codificación francesa de 1807 en el Título II del Libro IV, desligando los actos de comercio de su proyección jurisdiccional y otorgándole un carácter

¹²⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín: *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, México, 1959, t. I., ps. 18 y ss.



DECONOMI

definitorio sustantivo en materia comercial que adquirió jerarquía en el código italiano de 1882 al consagrar en el art. 3 veinticuatro actos de empresa.

De este modo, la sociedad comercial como entidad eminentemente jurídica encontró en el concepto de empresa elaborado por la doctrina a través de tempranas enseñanzas de Endeman en 1865 un proficuo campo para el debate que, a través de la noción de negocio organizado, consideró la empresa adoptada de personalidad comercial y sostuvo que el arbitrio de su dueño tenía límites. El comienzo del siglo XX reveló nuevos avances doctrinarios y hoy la sociedad comercial muestra una inevitable simbiosis y se vale de la empresa que, constituida en la estrella polar del mundo comercial, ha llegado a convertirse en el eje de una rama del derecho dirigida a tratar particularmente su conservación a través de tan novedosas y mutantes formas jurídicas y negociales, destinadas a protegerla frente a las contingencias que la amenazan con fuerza de extinción¹³⁰.

“Para el derecho, la empresa no constituye un organismo unitario y autónomo ni desde un punto de vista subjetivo ni desde un punto de vista objetivo. Considerada como actividad, y esto es bajo un perfil dinámico, la empresa necesariamente se remite a la persona del emprendedor que desarrolla la actividad. La disciplina jurídica de la empresa es, por lo tanto, disciplina de la actividad del empresario y la tutela jurídica de la empresa es tutela jurídica de esta actividad. Esto explica que la ley prevea la figura del empresario y ponga a cargo de éste, particulares obligaciones, y no considere en cambio la empresa como tal”¹³¹.

Entendida bajo el aspecto patrimonial estático, la empresa es una combinación de bienes en vista de un objeto económico, productivo y lucrativo al mismo tiempo¹³².

¹³⁰ ALEGRIA, Héctor, “*La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, panorama actual y cuestiones modernas)*” en *Tratado de la empresa*, (Ana Piaggi, directora), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 3 y ss. con amplio desarrollo y útil cita de doctrina nacional y extranjera.

¹³¹ FERRI, Giuseppe: *Manuale di diritto commerciale*, UTET, 1980, p. 48.

¹³² SALERNO, Marcelo Urbano: “*Sociedad y empresa*” ED, 2006, FAVIER-DUBOIS, EDUARDO MARIO (P.): “*Limitación de responsabilidad del empresario*”, V Congreso de Derecho Societario. t. I, Advocatus. Córdoba 1992; ARAMOUNI, Alberto: “*Empresa individual de responsabilidad limitada*” *Revista de Derecho Privado*, Año 3, nº 8, mayo-agosto, 1992; PALMERO, JUAN CARLOS, “*Personalidad*”, en V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992, ps. 220, 329, 335 y 179 resp.



DECONOMI

“Siendo la empresa una organización de actividades, de bienes y de relaciones de variada clase, cuando fuere objeto de tráfico, su transferencia significa la inclusión del activo y el pasivo, en suma la transferencia del negocio como organización viva. Ello no puede operar en bloque sino a través de pasos sucesivos en los que estén comprendidos los distintos elementos heterogéneos que la componen”¹³³.

Sin embargo, es una verdadera obsesión en la década del '80, a partir del *Rapport Sudreau* en Francia, la preocupación por plasmar en la norma positiva concursal la posibilidad de salvar a la empresa separándola de su dueño, el empresario, que, ineficaz o infortunado, la llevó a la cesación de pagos.

El presupuesto de la separación es conceptualizar la empresa como un bien en sí mismo, jurídicamente tutelable, con abstracción de su titular.

El primer esfuerzo se concretó en la difundida doctrina alemana del *Unternehmen an sich*, cuyos esbozos originarios se deben a Walter Rathenau.

Predica que la gran empresa es la “realidad nueva” en torno a la cual se habrá de construir la moderna teoría de la sociedad anónima. Este punto de partida posibilitará lograr los fines a los que tal tipo social está destinado para bien de la comunidad, defendiéndola de los pequeños accionistas que representan el gran obstáculo, no percibido aún por los juristas, que insisten en colocar el acento del régimen de la sociedad anónima en la defensa de las minorías¹³⁴.

La directiva a seguir habrá de ser, en cambio, la postergación del interés individual que está dirigido a la obtención de beneficios inmediatos. De esta manera, con el fortalecimiento de la empresa, ganará el interés general.

El fundamento de lo expuesto residiría en que la empresa implica un “interés propio” (*an sich*), autónomo y diverso de sus participantes, al que por razón de jerarquía estarían éstos supeditados. La consecución de ese “interés propio” de impostación publicista—al que quedarían subordinados los intereses económicos de los socios (*Gewinnstreben*)— determina para éstos una

¹³³ VELASCO ALONSO, Ángel: “*La Ley de Sociedades Anónimas*”, EDR, Madrid, 1982, p. 159.

¹³⁴ RATHENAU, Walter: versión italiana en “*La realtà della società per azione*” *Rivista Società*, 1960, ps. 918 y ss. y JAEGER, Pier Giusto, “*L'interesse sociale*”, Giuffrè, Milano, 1964, ps. 17 y ss.



DECONOMI

obligación de fidelidad (*Treupflicht*). La organización de una administración (*Verwaltung*) independiente de las cambiantes mayorías assemblearias contribuirá a ello en forma importante¹³⁵.

Sobre la base teórica del *Unternehmen an sich* que asigna a la empresa un valor jurídico autónomo merecedor de la tutela en derecho (*selbständiges schutzwürdiges Rechtsgut*), sus epígonos lanzaron un *slogan* asombroso e impactante: “la defensa de la empresa contra sus propietarios” (*Eigentümer*).

Por un andarivel análogo se instaló en Alemania, junto a la *Unternehmen an sich*, otra construcción jurídica de parecida concepción, la *Person an sich*, que proyecta la idea de Von Gierke de “realidad” de la “persona jurídica” y atribuye el “interés” a un sujeto de derecho, con lo cual pretende soslayar los reparos a la teoría del *Unternehmen an sich*, fundados en que la empresa no lo es¹³⁶.

Instalada la empresa en el ámbito de la economía como su factor medular y elaborada por el derecho una rica doctrina que la pone a consideración del mundo jurídico como ente susceptible de regulación, o al menos de tutela legal, aun cuando no quede superada la imposibilidad de ubicarla como sujeto de derecho, aparece en el derecho concursal convertida en el polo atractivo de la preocupación legislativa.

A pesar de no haber obtenido una configuración homogénea a la del sujeto de derecho, queda convertida por imposición de la realidad económica en la protagonista de la vía negocial, cuya subsistencia llega a tener tal relevancia que la preocupación de las legislaciones la consagran como el bien jurídico tutelado en la crisis.

La laboriosa y perseverante investigación doctrinaria logra, sobre la base de pequeños y lentos consensos, elaborar un sustento dogmático suficiente como para pensarla como independiente del titular.

¹³⁵ En cumplimiento de esta intención, se recomiendan las acciones de voto plural, el voto reservado a ciertas categorías de acciones (*Verwaltungsaktien*), el autofinanciamiento, etc.

¹³⁶ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, ps. 96 y ss. a quien seguimos, y recuerda que los más conspicuos expositores de la teoría de la *Person an sich* fueron en Alemania Schlegelberger, Landsberger y F. Marx.



IX. EL DERECHO DE RECESO: LIMITACIÓN A LA REGLA MAYORITARIA O TUTELA DEL DERECHO SUBJETIVO DEL ACCIONISTA.

Dos momentos dialécticos convergentes, dos intereses legítimos coexistentes (el de la sociedad, ocasional; el del socio, permanente) llevan a la generación del derecho de receso: el interés, a la necesidad de modificación del contrato por parte de la sociedad, y el antitético del socio, a la conservación del contrato originario.

En la sociedad de personas, el principio de unanimidad configura una garantía suficiente para los socios disidentes¹³⁷. En cambio, en la sociedad de capitales, la introducción de la regla mayoritaria, a la cual nos hemos referido, para la adopción de decisiones que importen la modificación del acto constitutivo, está remarcando la prelación de la funcionalidad de la empresa respecto del interés individual del socio, resuelta por el reconocimiento del derecho de separación, cuando tales modificaciones tienen tal relevancia que aparecería entonces como un correctivo de la regla mayoritaria y una conciliación entre el interés de los más, que optan por la modificación, respecto de los disidentes que, por no querer someterse a ella, pueden rescindir el vínculo social.

Así, la regla mayoritaria conserva vigencia pero no puede impedir el derecho del disidente a resolver el vínculo con la sociedad. Fue clasificado el derecho de receso juntamente con aquellas hipótesis en las que se exige para las deliberaciones un determinado quórum, o para las decisiones una determinada cuota de capital superior a la mera mayoría, de “tutela de la minoría”¹³⁸.

¹³⁷ Es paradigmático el art. 131 LSC (de la sociedad colectiva, a cuyo sistema se remiten la sociedad en comandita simple –art. 139- y la sociedad de capital e industria –art. 145).

¹³⁸ El término *minoría* es ambivalente: aquí se refiere exclusivamente a la minoría en la asamblea, pero bien puede ocurrir que el grupo de poder sea el que constituye la minoría, ostentando más acciones, mientras que los más en número constituirán la minoría, o sea que en términos revertidos podría referirse a caso de tutela de la mayoría de accionistas contra la minoría que controla la asamblea. Esta situación fue contemplada ya cuando vimos, en el caso de las sociedades por acciones con gran base accionaria, el fenómeno de la separación de “propiedad” con relación al “control”, favorecida por el gran número de accionistas inversores, sustancialmente desinteresados de la actividad societaria. Inversamente también se señala el problema del abuso en la obstrucción de los medios de tutela a favor de la minoría (en la asamblea) por parte de algunos accionistas, lo cual provoca la defensa de la mayoría respecto de tales abusos y en tal sentido suele recordarse como ejemplo en el ámbito del derecho positivo el paliativo consagrado en el Dec. Legs. del 17 de enero de 2003 n. 6 de reforma del derecho societario italiano, que incluye una importante modificación en el art. 2377 Cód. Civ. bajo el título “Anulabilidad de las deliberaciones”: “Las deliberaciones que no están tomadas en conformidad de la ley, o del estatuto, pueden ser impugnadas por



DECONOMI

En líneas generales, se puede observar que aquellos derechos que se consideran como establecidos en tutela de la minoría (impugnación, procedimiento en la asamblea, medios de control e incluso situaciones objetivas de cada socio que no pueden ser objeto de modificación), llevan al planeamiento del casi insuperable problema de la caracterización de aquellos derechos no susceptibles de ser modificados, definidos como “derechos individuales”.

Estos derechos esenciales aparecen casi paralelos a la idea de las “bases esenciales de la sociedad” y reposan en el razonamiento “de que el individuo que entra en una colectividad y acepta la ley, no se da todo, sino que una parte de sí se sustrae a esta sujeción”¹³⁹.

Lo que equivale a afirmar que existe una esfera de intereses que, no obstante ser comunes, quedan en la disponibilidad de cada socio y son extraños a la posibilidad de ser dispuestos por la sociedad, y ello es así porque el principio o regla mayoritaria actúa sólo en función de intereses cuya realización entra en el contenido del contrato de sociedad o en otros términos, dentro de los límites de la comunión societaria de intereses¹⁴⁰.

La doctrina intentó así determinar el contenido de una categoría de derechos individuales, cuya característica sería la de posiciones sociales inmodificables sin el consentimiento del interesado.

los socios ausentes, disidentes o abstenidos, por los administradores, por el consejo de vigilancia y por el colegio sindical. La impugnación puede ser propuesta por los socios cuando posean tantas acciones con derecho a voto referidas a las deliberaciones que representan, aun conjuntamente, del uno por mil del capital social en la sociedad que recurren al mercado de capitales de riesgo y el cinco por ciento en las otras; el estatuto puede reducir o excluir este requisito. Para las impugnaciones de las deliberaciones de las asambleas especiales, este porcentual se refiere al capital representado por las acciones de la categoría.

”Los socios que no representan la parte de capital indicada en el párrafo precedente y aquellos que, en cuanto privados de voto, no están legitimados a proponer la impugnación tienen derecho al resarcimiento del daño ocasionado por la no conformidad de las deliberaciones a la ley o al estatuto”.

En el mismo orden, la reforma ha introducido un nuevo artículo bajo el número 2034 bis determinando bajo el título “Invalidez de las deliberaciones de aprobación del balance”. La legitimación para impugnar las deliberaciones asamblearias de aprobación de balance sobre el cual el revisor no ha formulado reparos corresponde a socios que, aun en conjunto, representen por lo menos el cinco por ciento del capital social. Nuestra LSC no tiene tal limitación en esa hipótesis, pero sí en cuanto a la convocatoria de asambleas (art. 236) o al deber de información e investigación (art. 294 incs. 6 y 11).

¹³⁹ MIGNOLI, Ariberto, *Le assemblee speciali*, Giuffré, Milano, 1960 p. 180 cit. por TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 101.

¹⁴⁰ JAEGER, Pier Giusto, *L'interesse sociale*, Giuffré, Milano, 1964, p. 186.



DECONOMI

Pero los resultados no han sido en tal sentido proficuos. Así, se ha hablado de un derecho individual a la responsabilidad limitada, al lucro, al voto (salvo los casos de acciones privilegiadas), a la impugnación de deliberaciones asamblearias, a la información, etc., sosteniendo que tales derechos van más allá del interés del socio porque actúan “como instrumento para el buen funcionamiento de la sociedad”.

Pero ello no hace sino confundir los términos al conceder a principios esenciales para la vida de la sociedad o de un tipo en particular la característica de derechos subjetivos del socio¹⁴¹. Son más bien elementos típicos de la comunidad y entonces aparecerían tantos derechos individuales cuantos principios generales que fueren también característicos de una determinada sociedad.

Así entonces los límites a la regla mayoritaria (que según hemos visto es la que permite la conformación de la voluntad de la sociedad o la voluntad de la sociedad misma), no son los derechos individuales de los socios distintos a los propios límites fijados para el funcionamiento social o la ley o el propio estatuto.

Además, la sanción por la violación de un derecho individual coincide siempre con la nulidad de la cláusula estatutaria o deliberación asamblearia que lo limita o excluye¹⁴², lo cual demuestra que el derecho del socio es su condición, estado o situación de socio, que no puede descomponerse y tamizarse en una serie de posiciones subjetivas que se asumirían en cantidad de derechos subjetivos, distintos en todo lo que configura su participación social.

No hay situación intangible del socio sino más bien de los elementos caracterizantes de la sociedad (o los que son esenciales a su tipo) o bien a una determinada sociedad resultante del estatuto¹⁴³.

¹⁴¹ ASCARELLI, Tullio, “Sui poteri della maggioranza nella società per azioni ed alcuni loro limiti”, en *Studi in tema di Società*, in *Rivista di diritto commerciale*, Milano, 1952, p. 101.

¹⁴² DONADIO, Giuseppe, *Il recesso del socio per modifiche statutarie*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 5.

¹⁴³ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, cit. p. 104.



DECONOMI

En definitiva, el tema queda reducido a un problema de modificación o no modificación del estatuto, antes que a derechos individuales suprimibles o insuprimibles.

Se trata entonces de la determinación de los límites a la modificabilidad de los estatutos, es decir, cuando la disciplina societaria en nombre de la organización impide la libre disponibilidad de los socios respecto de la modificación estatutaria (o aun de la misma constitución).

Un caso típico de norma inderogable, por ser esencial en el tipo organizativo de la sociedad anónima, es aquella que establece la transmisibilidad de las acciones (art. 214 LSC). Luego es inmodificable toda cláusula estatutaria que la establezca, y nula aquella decisión asamblearia que la derogue.

Del mismo modo hace a la esencia de la organización el derecho de receso, desde que no puede ser suprimido en las hipótesis legales previstas, ni condicionado en su ejercicio (art. 245, 5to. párrafo LSC).

Son normas inderogables cuya intangibilidad surge de la organización, sin que sea menester explicarlas por la vía de la intangibilidad de derechos individuales de difícil esquematización.

El otro aspecto que se tiene en cuenta es la posibilidad de las modificaciones de la situación subjetiva del socio que ha sido reconocida concretamente en el acto constitutivo, aun cuando no corresponda a elementos típicos, esenciales de la sociedad: en suma se trata de aquellos componentes del derecho de participación del socio (responsabilidad limitada, realización de nuevos aportes, etc.). No se está en presencia de normas inderogables, porque tanto la transformación como el reintegro de capitales están permitidos por la ley, no obstante que una decisión en tal sentido significaría un cambio sustancial en la situación subjetiva (arts. 74 y ss.; 235 inc. 2; 96 y cc. LSC).

Aquí se trata entonces de límites al principio mayoritario, solamente superables por deliberación unánime, lo que es susceptible de doble enfoque.

En primer término, como superación a los límites de la capacidad, esto es, como posibilidad de deliberar por unanimidad lo que no puede hacerse por mayoría, y en segundo término como derogación al régimen legal en cuanto hace



DECONOMI

a la posibilidad de establecer para algunas deliberaciones de modificación la regla de unanimidad en derogación a la mayoría calificada establecida por la ley.

Cuando se aspira a la unanimidad para las deliberaciones que atacan o perjudican un derecho del socio, en realidad no se hace sino exigir la conformidad del socio afectado, porque precisamente la unanimidad subsume tal conformidad singular, y se olvida que el socio con su voto no sólo concurre a formar la voluntad social, para lo cual es necesaria y suficiente la mayoría, sino que da positivamente su consentimiento a un acto social de disposición de un derecho suyo.

En realidad se corre el riesgo de confundir el problema de deliberación, que es un problema de legitimación de la sociedad para expresar su voluntad, reduciendo toda la problemática a una cuestión de mayor o menor número de votos.

La sociedad “puede por mayoría”, que es precisamente la forma de expresión de la voluntad social.

Se recuerda entonces que los intereses convertidos en comunes, en forma necesaria o voluntaria por los socios, por corresponder respectivamente a los caracteres esenciales del tipo elegido o bien por haber sido decidido ello en el acto constitutivo, configuran un orden diverso ante aquellos intereses que no han sido delegados o transformados en comunes.

Los primeros están incorporados al mecanismo de la organización corporativa regido por la regla mayoritaria, mientras que respecto de los segundos no ocurre lo mismo.

A modo de esquema: existe un primer orden de normas societarias expresas en el estatuto (o implícitas por estar en el ordenamiento legal) que son inderogables, no modificables, que no son de libre disponibilidad de los socios (se trata de derechos que no han sido transformados en comunes); y un segundo orden de normas que, aun cuando están expresas en el acto constitutivo (o estatuto), permanecen siempre susceptibles de modificación (aunque alteren sensiblemente la posición subjetiva del accionista), sin más exigencia que la voluntad societaria expresada a través de la regla mayoritaria (se trata de los intereses de los socios vueltos comunes).



Pero entre esos derechos subjetivos disponibles existen algunos de tal trascendencia e importancia que cuando, a pesar de estar reconocidos en el estatuto, son agredidos por la voluntad social que —expresada por la regla mayoritaria— decide su modificación, se genera a favor del accionista el derecho a separarse de la sociedad.

El derecho de receso es, así, una solución de equilibrio entre la posición subjetiva del socio, agredida por la regla mayoritaria, y el correlativo derecho de la sociedad, por la expresión de su propia voluntad (generada y formada también por la regla mayoritaria) de modificar sus estatutos, y alterar en un última instancia la regulación de aquellos intereses que fueron convertidos en comunes, necesariamente (por ser consecuencia del tipo elegido) o voluntariamente (con una determinación de los socios en el acto constitutivo)¹⁴⁴.

X. EL DERECHO DE RECESO Y SU COHERENTE INSERCIÓN EN EL PRINCIPIO DE MAYORÍA

Ya se ha desarrollado largamente el concepto según el cual, genéricamente, para las modificaciones en las sociedades de personas rige el régimen de la unanimidad; en cambio, en la sociedad de capitales el de las mayorías.

Dijimos también que se ha pretendido justificar la regla de la unanimidad en la sociedad de personas como resultado consecutivo de la responsabilidad ilimitada de los socios o más bien, en otros términos, como la consecuencia de participación en un fenómeno límite de la vida societaria, en razón del correlativo riesgo que importa tal tipo de responsabilidad. Esto es, sería necesario el consentimiento del socio para la modificación del contrato, habida cuenta de que no existe límite para su responsabilidad. También recordamos que tal regla no es absolutamente satisfactoria, porque en el caso de la sociedad en comandita simple, y no obstante que el socio comanditario se encuentra en

¹⁴⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de derecho mercantil*, vols. 1º y 2º, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, t. II, p. 69.



DECONOMI

posición análoga a la del accionista (responsabilidad limitada), también para él tiene vigencia la regla de la unanimidad¹⁴⁵.

En este caso la unanimidad podría ser considerada como una garantía, cuando se trate de la modificación del estatuto, a favor de un socio que por lo demás aparece como un simple espectador de la gestión empresarial¹⁴⁶.

La diferencia del tratamiento en cuanto al régimen de las modificaciones, más bien que en lo jurídico, encuentra su justificación en el plano histórico, atendiendo al diverso rol que las sociedades de personas y las de capitales en la práctica han tenido con relación al derecho societario, en tanto la primera categoría subsiste como propia de una economía vinculante entre mayor cantidad de empresarios, y así se pone el acento en destacar la estricta relación entre el pasaje de una economía protocapitalista al neo—capitalismo, con una paralela evolución de las formas societarias, en particular la evolución progresiva de la regla mayoritaria, aun para las modificaciones estatutarias en las sociedades por acciones.

Aquellos dos principios generales, aplicables a la sociedad de personas (unanimidad) y de capitales (mayoría calificada), son susceptibles de modificaciones en contrario: esto es, para las sociedades de personas el abandono de la regla de la unanimidad, con la atribución consecuente de la facultad de modificación a la mayoría y en cambio, en la de capital el abandono de la primera regla mayoritaria, por el de otra mayoría cuantitativamente más representativa.

En consecuencia, se trata de determinar las limitaciones o excepciones del régimen de unanimidad y de simple mayoría de las sociedades de personas y las de capitales respectivamente y, consecuentemente, los límites puestos a la autonomía privada para la derogación del régimen de la modificación por medio de la disciplina estatutaria.

¹⁴⁵ GALGANO, Francesco, *Il contratto di società di persone*, Zanichelli, Bologna, 1971, ps. 38 y 71.

¹⁴⁶ El argumento cobra mayor relieve en la doctrina italiana frente a una legislación en la cual el comanditario no sólo no puede ejercer la administración ni la representación societaria (como lo dispone el art. 136 LSC), sino que ni siquiera tiene derecho a incidir en la designación de administrador (derecho que, por el contrario, reconoce nuestra LSC art. 139).



1. El receso en las sociedades de personas

Se conceptúa doctrinariamente la existencia de sólo una excepción al principio de unanimidad, representada por la hipótesis de exclusión del socio (art. 91 LSC), pero, como ya se ha dicho precedentemente, la doctrina se muestra proclive a considerar esta especie como excluida de la categoría de modificaciones del contrato social y más bien referida a los principios de la resolución del contrato¹⁴⁷.

En el derecho argentino la LSC consagra el derecho de receso para las sociedades colectivas (art. 129), en comandita simple (art. 136), capital e industrial (art. 143), de responsabilidad limitada (art. 157), en comandita por acciones (arts. 316 y 319), y en las sociedades cooperativas (art. 60 Ley 23.377).

Sin perjuicio de aquella regulación, la ley prevé en el art. 89 causas contractuales de separación del socio no previstas en la ley, respecto de las cuales la doctrina conceptúa hipótesis de resolución parcial del contrato de sociedad antes que de receso¹⁴⁸.

2. Sociedades por acciones (de capital):

El principio general de competencia de la asamblea extraordinaria para resolver por aplicación de la regla mayoritaria la modificación del estatuto (art. 235 LSC) sufre importantes excepciones, las que suelen sistematizarse atendiendo a tres órdenes, en relación con su importancia:

1) modificaciones estatutarias que requieren el consentimiento de todos los socios (comportan la unanimidad);

2) aquellas que requieren una mayoría cuantitativamente más alta;

¹⁴⁷ ESCUTI, Ignacio A. (H), *Receso, exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 55 y ss.

¹⁴⁸ ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Sociedades comerciales. Disolución y liquidación*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. I, ps. 277 y ss.; VANASCO, Carlos Augusto, *Manual de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 299, n° 1.



3) modificaciones para las cuales resulta competente la asamblea ordinaria por simple mayoría.

1) En la primera de las situaciones, el caso que constituye una excepción relativa a la modificación por mayoría (se tiene presente como excepción la posibilidad de que el acto constitutivo disponga lo contrario) es el de las modificaciones inherentes a las prestaciones accesorias a las que los socios se han obligado en el acto constitutivo (art. 50 LSC)¹⁴⁹.

Estas obligaciones se hacen parte integrante del acto constitutivo (art. 50, LSC): no integran el capital; deben ser claramente diferenciadas de los aportes y no pueden consistir en obligaciones dinerarias (art. 50, 1er. párrafo, inc. 2 y 3, LSC). Deben ser nominativas y se requiere la conformidad del directorio para su transferencia.

La participación social integrada por prestaciones accesorias nacidas del contrato de sociedad, para ser modificada, requiere deliberación asamblearia unánime con la mayoría requerida para la reforma del estatuto, salvo pacto en contrario (art. 50, inc. 4, LSC).

Tiene esta situación el sentido especial de que los interesados o afectados deben prestar su “conformidad” (se trata de los socios comprometidos con las prestaciones accesorias), la cual puede acontecer, incluso, fuera de la asamblea¹⁵⁰.

Reiteramos aquí que, más que regla de unanimidad, se trata de modificabilidad o no del estatuto con el consenso de todos los socios afectados, lo que configura algo así como el anverso de la misma moneda, representado

¹⁴⁹ “Artículo 50. — Prestaciones accesorias. Requisitos. Puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital y 1) Tienen que resultar del contrato; se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento. Si no resultaren del contrato se considerarán obligaciones de terceros; 2) Deben ser claramente diferenciadas de los aportes; 3) No pueden ser en dinero; 4) Sólo pueden modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la mayoría requerida para la reforma del contrato. Cuando sean conexas a cuotas de sociedades de responsabilidad limitada, su transmisión requiere la conformidad de la mayoría necesaria para la modificación del contrato, salvo pacto en contrario; y si fueran conexas a acciones, éstas deberán ser nominativas y se requerirá la conformidad del directorio”.

¹⁵⁰ Ésta es en la legislación italiana la única hipótesis en que la ley requiere la unanimidad del consentimiento, en derogación de la regla de la mayoría calificada (art. 2345 Cód. Civ.).



por la posición subjetiva de cada socio, sólo disponible con su consentimiento y por lo tanto inderogable por parte de la asamblea, tema éste estrictamente relacionado con el de los derechos individuales, ya desarrollado¹⁵¹.

2) Hipótesis en las cuales es menester la elevación de la mayoría: son las de los supuestos especiales del art. 244, 4to. párrafo LSC: transformación, prórroga o reconducción (excepto en sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones), disolución anticipada, transferencia de domicilio al extranjero, cambio fundamental de objeto, reintegración total o parcial del capital, fusión y escisión (no para el caso de la sociedad incorporante).

También corresponden a la decisión de la asamblea extraordinaria con las mayorías calificadas del art. 244, 4to. párrafo, la limitación o la suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas emisiones (art. 197).

En el régimen de la ley 19.550 se trataba de una resolución reservada a la asamblea extraordinaria, con las mayorías comunes del art. 244, 3er. párrafo.

La ley 22.903 de reformas de la LSC recogió la posición de la doctrina italiana, que conceptuó que la limitación o la exclusión del derecho de opción en ocasión del aumento de capital requieren también decisión de una mayoría

¹⁵¹ La doctrina italiana ha postulado de antiguo la inclusión de otra hipótesis de modificación, las que con base en los principios de las situaciones objetivas del socio, modificabilidad o no del estatuto, se considera que deberían ser decididas por unanimidad, esto es, con el consentimiento del socio afectado; situación ésta vinculada directamente con las situaciones subjetivas derogables sin consenso del socio singular. La óptica de la cuestión descansa fundamentalmente en la situación subjetiva del socio y en la mayoría que pretende modificarla, agravando su situación.

Esas tres hipótesis son:

- a) la posible reintegración por mayoría de capital a causa de pérdidas, lo cual vendría a anular la calidad del socio, que sólo podría ser readquirida por el accionista con el ejercicio del derecho de opción y efectuando un nuevo aporte, violando el principio general que determina que nadie puede ser obligado a nuevos aportes más allá de los afectados en el momento de constitución. Estaríamos, en consecuencia, en presencia de una posición subjetiva del socio, inderogable sin su consentimiento;
- b) la transformación de la sociedad de capital en sociedad de personas y su consecuencia, que es la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada;
- c) la introducción de una cláusula impeditiva de la transferencia de acciones que no sólo varía el contenido del derecho subjetivo del accionista, sino que crea un vínculo absolutamente novedoso, que altera la posición jurídica asumida en su momento de entrada en la sociedad.

Nuestra LSC art. 214 prohíbe las cláusulas estatutarias impeditivas de la libre transmisibilidad de acciones, aunque admite la determinación estatutaria de limitaciones, a condición de que no importen prohibición de transferencia.



calificada, porque su objetivo es la financiación fuera del círculo de accionistas, acompañada con la renuncia del derecho de suscripción preferente.

Otra hipótesis de mayoría especial es la requerida para la constitución de reservas facultativas cuyo monto exceda el del capital y las reservas legales (art. 70, LSC).

El quórum de decisión requerido en estas resoluciones asamblearias que determinan modificaciones estatutarias de relevancia es el de la mayoría de las acciones con derecho a voto, sin aplicar la pluralidad de voto, y sin la limitación (permissiva) de las acciones con preferencia patrimonial (las cuales no pueden ser privadas de voto en estos casos) (art. 244, 4to. párrafo y 217 LSC). Están excluidas de la base de cómputo las que estuviesen en poder de la sociedad por vía de adquisición o rescate (art. 221, LSC) y las que se encontrasen en mora de integración (art. 192, LSC).¹⁵²

Se trata de supuestos especiales que, por su particular relieve, son colocados por la ley al margen—por encima— de la simple mayoría de votos presentes (salvo exigencia mayor del estatuto) requerida para las demás decisiones en asamblea extraordinaria (art. 244, 3er. párrafo, LSC)¹⁵³.

¹⁵² Tratándose de la asamblea extraordinaria que debe tratar los supuestos especiales del art. 244 LSC último párrafo la mayoría de capital se calcula teniendo como base de cómputo el total de acciones con derecho a voto (*rectius* las acciones representativas del total del capital social), incluyendo las acciones con preferencia patrimonial, las que respecto de estas materias no pueden ser privadas de voto (art. 217 LSC) y excluyendo el voto plural (art. 245: 4to. párrafo, 1era oración “sin aplicarse la pluralidad de voto”); las acciones en mora de integración (art. 192 LSC) y las que se encuentren en cartera de la propia sociedad (art. 221 LSC). Cfr. CRISTIA, José M., “SA Asambleas”, en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Adolfo N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2006, III, §9, p. 605. RACCIATI, Hernán (H) Y ROMANO, Alberto A., *Algunas reflexiones sobre quórum en las asambleas de sociedades anónimas*, LL, 1992-D-957. Constituyen supuestos especiales cuya deliberación requiere quórum representado por mayoría absoluta de la totalidad del capital con derecho a voto (y no sobre el presente) y quórum de constitución de más de la mitad del capital computable y no de los presentes: (i) la transformación de sociedades cerradas (art. 74,81 LSC); (ii) la prórroga o reconducción de sociedades cerradas (art. 95 LSC); (iii) la disolución anticipada de la sociedad (art. 94 LSC); (iv) la transferencia de domicilio al extranjero (art. 11 inc. 2 LSC); (v) el cambio fundamental del objeto (art. 11 inc. 3 LSC); (vi) el reintegro total o parcial del capital (art. 96 LSC); (vii) la fusión y la escisión, salvo que se tratara de sociedad incorporante en la fusión por absorción, en la que corresponde el quórum de constitución y las mayorías del aumento de capital (arts. 82 a 88 LSC).

¹⁵³ CNCom., Sala B, “*Brosman, Daryl y otros c/ Bel Ray Argentina SA*”, 14/06/2000, JA 2001-IV-793. Lexis N° 1/53353: En el caso del último párrafo del art. 244 LSC la mayoría absoluta se determina con relación a la totalidad del capital con derecho a voto y no sobre las acciones presentes con derecho a voto; por el contrario, es necesario un quórum de constitución de más de la mitad del capital computable y de los accionistas presentes.



DECONOMI

La confrontación del interés de la sociedad para deliberar no obstante la ausencia de sus accionistas —hipótesis prevista en el art. 244, 2do. párrafo, LSC— por vía de una segunda convocatoria en la que es suficiente el quórum de constitución del treinta por ciento de acciones con derecho a voto (salvo mayor o menor número determinado por el estatuto) y el interés contrario del accionista a que las modificaciones estatutarias relevantes que afectan la estructura, la duración, la organización y el ordenamiento legal aplicable (presupuestos esenciales de la adhesión del accionista) tengan su consentimiento es resuelto con una solución de equilibrio en la que las dos válidas pretensiones encuentran respuesta:

- a) exigencia de una mayoría sustancial y real; configurándose una excepción a la regla mayoritaria, por vía de su elevación;
- b) derecho de separación a favor del accionista que no se manifieste en forma expresa a favor de la decisión modificativa.

La doctrina también consideraba¹⁵⁴ que a las hipótesis mencionadas debía agregarse la limitación o la exclusión del derecho de opción en ocasión de aumento de capital, porque tienen por objetivo la financiación fuera del círculo de los accionistas y también normalmente el medio es la emisión de acciones privilegiadas, acompañado con la renuncia al derecho de opción por los accionistas.¹⁵⁵ Así lo incorporó a nuestro sistema la ley de reformas 22.903, art. 197.

3) La tercera de las excepciones al régimen general de la mayoría está configurada por la competencia de la asamblea ordinaria por simple mayoría. Es una situación opuesta a las anteriormente desarrolladas. Nos referimos a la reducción de capital por pérdidas, lo que es decidido por la misma

¹⁵⁴ MICCIO, Renato, *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*, Editorial Jovene, Napoli, 1957, ps. 72 y ss. La LSC requería asamblea extraordinaria con mayoría simple (arts. 197; 235 inc. 5 y 224, 3er. párrafo).

¹⁵⁵ Véase Cap. V.



DECONOMI

asamblea ordinaria que aprueba el balance (art. 206, LSC). Se trata de una modificación del estatuto, no por voluntad de los socios sino por imperio de la ley, la que se limita a reconocer un hecho preexistente y a asignar el efecto subsiguiente de la modificación, consecuente y necesaria. En esencia se trata de la adecuación del capital nominal al real, en virtud de una norma obligatoria que impone la reducción, lo cual quita a esta situación especial de modificación del acto constitutivo por parte de la asamblea ordinaria el carácter de excepcionalidad típica.

Se recuerda además que la asamblea ordinaria es competente en la deliberación de reducción del capital sólo si es decidida en ocasión de la aprobación del balance que determina la pérdida, pero si lo es en ocasión de otra asamblea que hubiere sido convocada en el curso del ejercicio, en orden a las providencias a tomar cuando no sea previsible la real solución de la pérdida en el ejercicio sucesivo, la deliberación debe realizarse en la forma normal prevista para la modificación del estatuto, esto es, por asamblea extraordinaria (art. 205, LSC).

Por otra parte, cabe advertir que, en definitiva, la competencia excepcional para modificar el acto constitutivo debido al hecho de que la reducción del capital es obligatoria (en medida tal que si falta la decisión asamblearia, por asamblea ordinaria, debería ser dispuesta por el tribunal), en última instancia, constituye la adecuación del capital nominal al resultante después de la constatación de la pérdida, con lo cual ningún perjuicio puede derivarse de este hecho a los socios, lo que justifica el carácter excepcional del tratamiento por parte de la asamblea ordinaria, a cambio de la extraordinaria.

4) Otra hipótesis—*supra* aludida— que ha cobrado actualidad, particularmente con su inclusión en el moderno derecho societario italiano (decreto legislativo nº 6/2003), es la de la formación del grupo de sociedades, lo que conduce al reconocimiento de que los socios externos puedan exigir que le



sea adquirida su participación ante el eventual daño emergente de la dirección económica unitaria a través de la sociedad controlante^{156 y 157}.

XI. POSIBILIDAD DE DEROGACIÓN CONVENCIONAL DE LA REGLA MAYORITARIA

Examinaremos ahora los límites dentro de los que los socios pueden (convencionalmente) derogar el régimen legal con una fórmula diversa al de las modificaciones del estatuto por mayoría.

Considerándose inderogable uniformemente por la doctrina los mínimos establecidos para la asamblea extraordinaria, en primera o segunda convocatoria, la derogación por vía de la decisión de los socios o régimen convencional significará siempre una decisión de elevación cuantitativa de la mayoría requerida.

Se trata de determinar el alcance de la expresión de la ley: “salvo cuando el estatuto exija mayor número” (de votos) usada en los arts. 243 y 244¹⁵⁸.

Aparece así de inmediato planteada la cuestión sobre la existencia de límites en tales derogaciones y, consecuentemente, si puede admitirse una cláusula estatutaria que requiera la unanimidad.

El principio de la modificación del acto constitutivo por aplicación de la regla mayoritaria aparece como esencial en la disciplina de la sociedad por acciones y se considera que no debería tener excepción.

La voluntad de la sociedad no puede formarse si no es por mayoría.

¹⁵⁶ Sobre esta calificación, EMBID IRUJO, José Miguel, *Grupos de sociedades y acciones minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, ps. 173-181, e ídem. “Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos”, 615 RGD 1995, espec. ps. 13420-13422 o SCONAMIGLIO, Giuliana, *Prospettive della tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, *Rivista Società*, 1995, p. 421 y MASSAGUER, José, *La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídicos societarios)*, 192 RDM, 1989, ps. 300, 303-305.

¹⁵⁷ Ver “Receso en el grupo” Parte Segunda, Cap. L. 5, Italia, n° 4, p. 289.

¹⁵⁸ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell’atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, cit. p. 119: en doctrina italiana el tema tiene una decisión casi uniforme en el sentido de admitirse la dirección de la derogación determinándose una mayoría cuantitativamente más importante: el cociente deliberativo no puede ser bajado sino solamente elevado.



DECONOMI

Determinar estatutariamente la unanimidad para algunas deliberaciones significaría atacar la esencia de los principios y atribuir al socio el derecho de veto.

Cuando la ley se refiere a mayorías más elevadas no hace sino establecer necesariamente otra mayoría diversa, cuantitativamente más importante, pero manteniendo siempre la disciplina en el orden de la misma categoría de la regla mayoritaria.

El concepto de *mayoría* es dicotómico, contradictorio y excluyente respecto al de la *unanimidad*. Se trataría entonces de una regulación ya no cuantitativamente (como lo establece la cláusula permisiva) sino cualitativamente diversa.

No debe ser considerada admisible la derogación de la voluntad legal por medio de una cláusula estatutaria, que exija la unanimidad para las deliberaciones de la asamblea extraordinaria, porque ello no mantiene el plano de la decisión dentro de la idea de la mayoría. En otros términos, el límite de la actividad privada está en la derogación al quórum (al *quórum* legal, pero no en la derogación del principio mayoritario), porque la unanimidad no es el grado más elevado de la mayoría; en cambio la mayoría más elevada es más que la mayoría simple, pero dentro de la misma categoría. Pasar de una determinada mayoría a la unanimidad significa una variante no sólo cuantitativa sino también cualitativa.

Consecuentemente la cláusula de la unanimidad es inadmisibles porque no concuerda con los principios generales de la sociedad por acciones, en las que la voluntad de la sociedad no puede formarse sino por mayoría: la voluntad de la mayoría es la de la sociedad¹⁵⁹.

¹⁵⁹ En contra: ASQUINI, Alberto, *Sulla maggioranza richiesta per la deliberazioni delle assemblea ordinaria delle società per azioni in seconda convocazione*, en RDC, 1965, t. II, p. 105 y ss., quien admite la posibilidad de una cláusula estatutaria que requiera la unanimidad para ciertos actos.



DECONOMI

En los supuestos especiales del art. 244, 4to párrafo, LSC, casi todos causales del derecho de receso, la ley no incluye —a diferencia de lo que ocurre en los supuestos comunes del 3º párrafo— la posibilidad de establecer estatutariamente una elevación de la mayoría requerida legalmente.

No obstante, debe interpretarse tal posibilidad favorablemente¹⁶⁰, teniendo en cuenta que para los supuestos comunes, carentes de la relevancia de los especiales, está concedida y hasta límites que pueden superar las mayorías requeridas para los últimos.

¹⁶⁰ ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael M.; RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª Parte.



“La violencia como vicio de la voluntad y su apreciación con perspectiva de género”

por De Cesaris María Cristina¹⁶¹

I. Introducción:

El Código Civil y Comercial aborda la temática de los hechos y actos jurídicos en el Título IV de su Libro Primero (Parte General), ubicación que respeta la tradición velezana pues el Código Civil regulaba una teoría general de los hechos jurídicos, bien que no en la Parte General sino en el Libro II entre la Sección Primera referida a las Obligaciones y la Sección Tercera referida a los contratos, La ubicación actual se considera un acierto metodológico y se compadece con aquella tradición reflejada en la doctrina y años de jurisprudencia que siempre han reconocido la existencia de una teoría general de los hechos y actos jurídicos y así se ha enseñado en todas las universidades del país. La enseñanza del Derecho Civil comienza siempre con la exposición y desarrollo de una parte general que incluye la teoría de los hechos y actos jurídicos. De allí que las nociones sobre el acto voluntario, los vicios de la voluntad, los desajustes entre la voluntad real y la declarada, etc. se consideren nociones centrales de la teoría general del derecho que trascienden la figura del contrato y afectan todos los actos voluntarios, proyectándose a todas las ramas del Derecho, incluso el Derecho Público.¹⁶²

El nuevo Código, al igual que lo hacía el Código Civil derogado en el art. 897, mantiene la clasificación de los hechos humanos en voluntarios e involuntarios en los arts. 260 y 261. El art. 260 define al acto “voluntario” diciendo

¹⁶¹ Profesora titular ordinaria por concurso de DERECHO DE LA INSOLVENCIA Y LOS TITULOS VALORES en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Profesora estable de Posgrado en las Carreras de Especialización en Derecho de Daños, Derecho de la Empresa y Sindicatura Concursal de la Misma Universidad. Profesora invitada en Posgrados de otras Universidades. Miembro titular del Tribunal de ETICA de la Universidad Nacional del LITORAL. Miembro del Instituto de la Empresa de la ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE CORDOBA. Ex Jueza de Primera Instancia y Ex Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe. Publicista y conferencista.

¹⁶² TOBIAS, José W. “TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL”, T. III, Págs. 173 y sigs. Ed. Thomson Reuters LA LEY, 2018; también FABIANO, A.G. en TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, obra colectiva dirigida por Edgardo I. SAUX, T.III, págs.. 111 y sigs. Rubinzal Culzoni Editores, 2018



DECONOMI

que es el acto “ejecutado con discernimiento, intención y voluntad, que se manifiesta por un hecho exterior”. En ese concepto se enuncian las tres condiciones “internas” del acto voluntario: discernimiento, intención y voluntad. Y la condición “externa”, la manifestación de la voluntad, que según establece el art. 262, puede “exteriorizarse” por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

La doctrina civilista destaca que las tres condiciones internas que configuran el acto voluntario están mencionadas en el art. 260 unidas por la conjunción “y”, y ello significa que las tres deben concurrir para que se configure la voluntariedad del acto¹⁶³

Solo a los fines de poder luego extendernos en la caracterización del vicio de “violencia”, recordamos que el discernimiento es la aptitud “natural” de razonar, es decir de conformar un juicio de valor, comprender los actos y sus consecuencias, y que no debe confundirse con la “capacidad” (arts. 22 y 23 CCyC), sin perjuicio de los puntos de contacto entre ambos conceptos porque los supuestos de “falta de capacidad de ejercicio (art. 24 CCyC) se sustentan en la ausencia o disminución del discernimiento. El art. 261 califica de involuntario al acto realizado sin discernimiento, estableciendo en sus tres incisos tres causas que obstan a su existencia.

La “intención” se define como el propósito de realizar un determinado acto. El acto se reputa realizado con intención cuando hay coincidencia entre lo que quiero y lo que hago. Obviamente que la intención presupone el discernimiento pues el propósito de realizar un acto no puede existir si se carece de la facultad de discernir.

Tradicionalmente se ha considerado, y así estaba regulado en el Código Civil derogado, que los vicios de la intención son el error e ignorancia (art. 923 CC) y el dolo. La ignorancia, como ausencia completa de conocimiento, siempre fue equiparada al error, y hoy en el Código Civil y Comercial solo se regula el error como vicio de la voluntad (arts. 265 a 270). Con respecto al dolo,

¹⁶³ TOBÍAS, J. en pág. 209 de la obra citada en nota anterior, y FABIANO, A. en pág. 133 también de la obra citada en nota anterior.



DECONOMI

que podemos conceptualizar como el engaño o ardid enderezado a producir un conocimiento erróneo o falso de la realidad o situación negocial, cabe agregar en esta sencilla introducción que esa maniobra dolosa puede también viciar la libertad, no solo la intención, si como consecuencia de aquella, la víctima realizó un acto que de otro modo no hubiera realizado. O sea, el dolo puede afectar no solo la intención sino también la libertad.

Por último, nos referimos a la libertad como tercer elemento “interno” del acto voluntario, es decir, el obrar sin coacciones externas. Se actúa con libertad cuando la persona decide por sí misma, cuando su decisión implica una valoración personal, sin presiones externas, de todas las variables y condiciones del acto. Por supuesto que en cualquier elección “personal” pesan razones y circunstancias objetivas y subjetivas, y ello no vicia el acto si hubo espontaneidad y asunción libre, consciente y deseada de las consecuencias del mismo. Ya nos extenderemos sobre esto.

II. Primera aproximación a la “violencia como vicio de la voluntad”.

Hemos dicho en la Introducción precedente que uno de los aciertos que se reconocen a Vélez Sarsfield es haber incluido la regulación de los vicios de la voluntad dentro de los hechos jurídicos en general pues dichos vicios no solo afectan a los actos jurídicos y los contratos, y también que ese ponderado criterio metodológico fue seguido por el Código Civil y Comercial que los regula en los capítulos 2, 3 y 4 del Título IV, antes de los actos jurídicos (capítulo 5), y por ende esas disposiciones son aplicables a todos los actos jurídicos y a los actos ilícitos.

En esos tres capítulos se consideran los vicios de error (capítulo 2), dolo (capítulo 3) y violencia (capítulo 4). También hemos dicho que el error y el dolo son vicios que pueden afectar la “intención” y que la “libertad” puede afectarse con la violencia, pero también en ocasiones por el “dolo”.



DECONOMI

En esta breve colaboración con la prestigiosa revista que edita el Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA, nos referiremos a la Violencia e Intimidación, pues consideramos útil ampliar la mirada sobre este tradicional “vicio de la voluntad”, en línea con quienes propician una reinterpretación de las normas respectivas acorde con las nuevas formas de contratación y con las normas convencionales y constitucionales que garantizan la libertad y la igualdad como derechos humanos fundamentales.

Es que como se afirma con claridad en una obra de reciente aparición “la evolución del Derecho nos exige ampliar los criterios de interpretación de las normas utilizados para lograr una mejor protección de los derechos humanos fundamentales. De esa creciente necesidad de tutelar los derechos fundamentales de las personas han surgido como pautas de interpretación el principio “pro homine”, que nosotros preferimos denominar “pro persona” por ser una expresión con perspectiva de género, y el principio de progresividad, entre otros, que tienen como fin acudir a la norma más protectoria o preferir la interpretación más amplia cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y a la inversa a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de esos derechos”¹⁶⁴. En esta propuesta de reelaboración hermenéutica de los vicios de la voluntad también ha de tenerse presente que el tradicional “favor debitoris” que protegía al deudor de la posible pérdida de su libertad o de su vida, ha mutado definitivamente a “favor debilis”, como herramienta de equiparación del desnivel que pueda manifestarse en las relaciones jurídicas patrimoniales. Hoy el principio “favor debilis” es un principio general del derecho, de particular importancia en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos, que debe aplicarse en todas las ramas del derecho: civil, mercantil, laboral, etc.

También Tobías, refiriéndose a los intentos de reelaboración de los vicios clásicos, expresa que el acrecentamiento de las exigencias de la buena fe, la desigualdad entre las partes y su diversa aptitud negocial, las modernas

¹⁶⁴ “VULNERABILIDAD EN EL PROCESO COMERCIAL”, obra colectiva dirigida por BOQUIN, G. y FERNANDEZ ANDREANI, P. Editorial Astrea, pág. XII, Buenos Aires, 2023.



técnicas de publicidad y comercialización, etc. plantean el interrogante acerca de la conveniencia de alejarse de aquellos análisis que interpretaban con estrictez todo supuesto que pudiera alterar la estabilidad de los negocios y la seguridad jurídica¹⁶⁵

Específicamente en relación al vicio de violencia, interpretamos que el Código Civil y Comercial se hace eco de los nuevos paradigmas de análisis de las situaciones fácticas intra y extrafamiliares al desechar la figura del “temor reverencial” tal como estaba contemplada en el art. 940 del Código velezano. Dicho artículo establecía que “El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos”. Leemos en una obra de Compagnucci de Caso publicada en el año 1992, que existe entre ciertas personas un cierto grado de subordinación, respeto y, a veces, sumisión que hace que la voluntades de algunos de ellos no se desarrollen en plenitud de libertad, como cuando el trato lo es con terceros extraños, pero ello “se ha ido modificando con los tiempos ya que en los últimos años podemos afirmar sin hesitar que no existe en la generalidad de los casos una relación de sumisión o subordinación entre ascendientes y descendientes. Las relaciones se caracterizan por un mutuo respeto y racionalidad en el trato, lo que destruye pensar que pueda existir un tumor reverencial entre algunas personas”¹⁶⁶

No compartimos esa apreciación del destacado civilista en cuanto de ella pueda inferirse que en las últimas décadas del siglo XX y en el presente siglo XXI la violencia moral, la coacción psíquica, la intimidación o el temor provocado por amenazas fueran y sean circunstancias excepcionales en las parejas, las familias, el ambiente laboral, etc. A nuestro criterio es claro que la norma derogada se inscribe en un contexto histórico cultural que, en pro del mantenimiento del “orden familiar”, pese a reconocer que existe una relación de “desigualdad” entre hombre y mujer, o padres e hijos, opta por desestimar sea factible invocar la subordinación y la sumisión como causal suficiente para anular

¹⁶⁵ En pág. 263 de la obra citada en notas 1 y 2

¹⁶⁶ COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H. “EL NEGOCIO JURÍDICO”, págs. 303 y sig. Editorial ASTREA, 1992.



DECONOMI

el acto. Ello significaba que los jueces debían ser muy estrictos en la valoración de quien invocaba haber actuado presionado por las circunstancias, pues era “natural” que el trato entre determinadas personas fuera “desigual” y por lo tanto “la sola relación no es suficiente para presumir una voluntad viciada; es necesario que se adicione una intimidación”¹⁶⁷. Hoy, la eliminación de la figura permite concluir lo contrario, esto es que en un contexto de subordinación o desigualdad, los jueces deben ser menos exigentes al valorar los elementos constitutivos de la intimidación o las amenazas¹⁶⁸. Es innegable, a mi juicio, y las estadísticas lo demuestran, que existen mujeres, adolescentes, niñas y niños con especiales dificultades para hacer valer sus derechos y que son víctimas de amenazas, hostigamiento, humillación, manipulación, etc.

Los artículos del Código velezano, e incluso muchas disposiciones legales aún vigentes, se dictaron con sustento en principios que presuponían la “neutralidad de las normas” y desconocían la desigualdad estructural entre las personas humanas y por ende el impacto diferenciado de aquellas normas. Aída Kemelmajer de Carlucci en una de sus magníficas disertaciones recordó una norma del proyecto de reformas al Código Civil de 1998, el art. 1589, que en su inciso d) establecía que el daño estaba justificado en el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria podía poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial. O sea, no era una acción antijurídica que habilitara la acción resarcitoria.

Agustina O Donnell también recuerda un caso en el que se analizó la validez constitucional del art. 185 del Código Penal que exime de responsabilidad a las defraudaciones y hurtos entre cónyuges y, de ese modo, impide investigar y, por ende, sancionar delitos patrimoniales (inc. 1), con el fin de preservar la unión familiar, aunque en general, estadísticamente, la víctima de este tipo de

¹⁶⁷ COMPAGNUCCI de CASO, R. en op. Citada en nota anterior, pág. 304.

¹⁶⁸ FABIANO, A.G., en pág. 234 de la obra citada en notas 1 y 2.



delitos dentro de una pareja es la mujer que sufre la apropiación y menoscabo de sus recursos económicos.¹⁶⁹

Por último, y sin perjuicio de volver sobre el fallo en el capítulo final, haremos una referencia a un caso juzgado en 2020 en base a las normas del Código Civil derogado atendiendo a la fecha en que sucedieron los hechos (art. 7 CCyC), bien que aclarando los magistrados que es “incorrecto aproximarnos a las cuestiones que se deben decidir con una mirada propia del siglo XIX, para definir controversias que se plantean más de 150 años después. La razón es bastante sencilla: en el momento de la sanción de aquel cuerpo normativo no existía la normativa protectoria de los derechos humanos, que hoy sí existe y que nos obliga como autoridades estatales. Así entonces, es necesario abordar los temas que se plantean desde una perspectiva convencional y constitucional. En tal sentido, por ejemplo, sería inexplicable la regla del art. 940 cuando hablaba de que el “temor reverencial” de la mujer para con el marido no sería causa suficiente para anular los actos. Ciertamente, una norma así resulta de dudosa validez a la luz de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país”. Por ello estimaron que para definir las cuestiones sometidas a juzgamiento debían abreviar en la normativa convencional y se apoyan, fundamentalmente, en la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer (“Convención De Belem Do Para”), que nuestro país aprobara por ley 24.632.¹⁷⁰

III. Caracterización dogmática de la violencia como vicio de la voluntad.

El capítulo 4 del título IV Libro I del Código Civil y Comercial tiene tres artículos. El primero de ellos lleva como palabras identificatorias de su contenido las dos formas tradicionales de la violencia: fuerza e intimidación. De su texto se deduce claramente que se alude por un lado a la “fuerza física irresistible”, o sea al constreñimiento corporal o presión física ejercida sobre una persona que impide incluso que el acto pueda serle atribuido por haber sido un mero

¹⁶⁹ AGUSTINA O'DONNELL “Violencia económica y patrimonial y la cuestión tributaria. La importancia de tener un protocolo para juzgar con perspectiva de género: el caso de México”, publicado el 17 de Junio de 2020 en www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200125.

¹⁷⁰ Cámara de Apelación Civil y Comercial de MORON, Pcia. De Buenos Aires, 20/10/2021, “C.P.M. c/ R.P.G. s/ cumplimiento de contrato”.



DECONOMI

instrumento de otra que ejerce la fuerza, al punto que algunos autores consideran que en ese caso hay un acto “inexistente” por defecto en la autoría. Ello así porque el sometimiento irresistible supone un avasallamiento completo de la persona que se convierte, como se dijo, en un mero instrumento de otro. Se trata de la tradicional violencia llamada material o *vis absoluta*.

En el mismo artículo se hace referencia a la intimidación que genera temor proveniente de agresiones físicas o amenazas graves escritas o verbales. También denominada violencia moral, lo que tipifica el vicio es la acción desplegada por el sujeto activo que mediante presiones o amenazas de producir un daño en la persona o bienes de la víctima coarta la libertad de la misma que “acepta y actúa” para evitar que se consume la consecuencia anunciada y prometida.

El párrafo final de este artículo 276 dispone que la “relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso”. Este párrafo conecta directamente con el tema que nos proponemos desarrollar a continuación: la perspectiva de género como herramienta para valorar la existencia de violencia como vicio de la voluntad.

Solo diremos ahora que así como en el nuevo Código se eliminó el requisito de que el temor sea “fundado” y las amenazas “injustas” (como lo requería el viejo art. 937 CC), también se eliminó el art. 938 que exigía ponderar la existencia de violencia atendiendo a la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo. Pero ello no implica por cierto que se haya modificado el criterio subjetivo adoptado por el código velezano pues si bien no se enuncian expresamente parámetros para apreciar la gravedad del mal, el art. 276 manda atender a la “situación de la víctima y las demás circunstancias del caso”, manteniendo el criterio subjetivo de apreciación que deja librado a la valoración de la magistratura en cada caso concreto la configuración del vicio.

Lo importante es que las amenazas generen en la víctima el “temor fundado de sufrir un mal grave e inminente”, no importa cuál sea la modalidad, sofisticada o sencilla, dirigida a obtener una precisa y determinada conducta, sea



una declaración de voluntad o una abstención (vg. la inasistencia a una asamblea).

Y por supuesto, como lo destacan Tobías y Fabiano, debe existir, aunque la norma no lo diga expresamente, una relación de causalidad entre las amenazas y la declaración de la víctima. La conducta de la víctima debe ser producto del temor producido por la actuación del agente. Los jueces y juezas lo que deben establecer es si el acto cuya nulidad se pretende es producto de la intimidación. O dicho en otros términos, si la causa determinante de la declaración de voluntad que se impugna ha sido generada por la convicción de que un proceder o una solución diferente ponen en riesgo la vida o los bienes del amenazado o de terceros¹⁷¹

¿Cómo incide en esta apreciación o valoración judicial la perspectiva de género? Dedicaremos a ello el capítulo siguiente.

IV. La perspectiva de género en la valoración de la existencia de violencia.

Hoy estamos nuevamente abordando un tema que se inscribe en un fenómeno o tendencia en expansión como es la revalorización de la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) y la interpretación de las recomendaciones de su Comité creado en 1999 e integrado por 23 expertos. Esa Convención y las recomendaciones se citan en las sentencias que vamos a mencionar al final, pero debe tenerse en cuenta que las cuestiones de género pueden emerger en procesos de cualquier naturaleza, sea que se diriman conflictos civiles o comerciales, penales o patrimoniales, etc.

Mucho se ha escrito sobre el concepto de género y la perspectiva de género. Nos extenderemos al respecto en la medida necesaria para comprender como dicha perspectiva debe ser utilizada para apreciar la existencia de violencia como vicio de la voluntad en aquellos casos en los que se identifica una situación de poder basada en el género.

¹⁷¹ TOBIAS, en pág. 385 y FABIANO, en pág. 234 de las obras citadas en notas 1 y 2.



DECONOMI

Existen varias definiciones, concepciones, estudios sobre el género. En un sentido amplio se refiere a los roles socialmente contruidos, o sea a las actividades, comportamientos y atributos que una sociedad considera apropiados para hombres y mujeres. Por lo tanto, es una categoría conceptual de carácter histórico y social organizada de modo binario sobre el sexo biológico, pero no es un término destinado a explicar la separación de “funciones naturales” e inherente a la condición biológica de los sujetos -características anatómicas fisiológicas- y por ello no es sinónimo de sexo.

Según la recomendación General número 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia del Comité de la CEDAW, del 3 de agosto de 2015, el género se refiere a las identidades, los atributos y las funciones de las mujeres y los hombres contruidos socialmente y el significado cultural impuesto por la sociedad a las diferencias biológicas, que se reproducen constantemente en los sistemas de justicia y sus instituciones (punto 7 de la Introducción).

El género es, como dijimos, una construcción social, cultural e histórica: por lo tanto, es una categoría dinámica susceptible de deconstrucción y modificación.

¿Y de qué se trata la perspectiva de género? ¿Qué mira la perspectiva de género?

Para responder a la pregunta sobre qué es la perspectiva de género me baso fundamentalmente en el Protocolo de México para juzgar con perspectiva de género.

En 2013, la Suprema Corte de Justicia de esa NACIÓN publicó la primera edición del Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Este protocolo fue actualizado en 2019. Este documento —elaborado para atender las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos “González y otras” (Campo Algodonero) y otros, ante la gravedad y la sistematicidad de la violencia contra las mujeres en ese país— tuvo el propósito de materializar un método analítico que incorporó la categoría del género al análisis de la cuestión litigiosa. Así, constituyó un primer ejercicio de reflexión sobre cómo juzgar aquellos casos en los que el género



DECONOMI

tiene un papel trascendente en la controversia, para originar un impacto diferenciado en las personas que participan en ella, particularmente mujeres y niñas.

Partimos de la base de que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres no deben servir para justificar la discriminación y la exclusión de las mujeres. Recordemos que en la década del 60 predominaba una visión donde los roles asignados a hombres y mujeres estaban perfectamente diferenciados para garantizar la funcionalidad social: la capacidad de los hombres por un lado para el trabajo instrumental productivo o gerencial, y la habilidad de las mujeres para manejar el hogar y la familia. Pero la mirada de género no está dirigida exclusivamente a las mujeres pues no pretende constituirse en una mirada única sino descolocar al varón como modelo de lo humano. Por cierto que la perspectiva de género nace como una noción “feminista” para cuestionar el carácter fatal de subordinación de las mujeres, pero al poner en el centro del análisis a la relaciones de poder y no invisibilizar a los hombres como colectivo humano, es mucho más amplia que la perspectiva androcéntrica. Por ello, debe haber también una perspectiva de género masculina, no androcéntrica, que permita visibilizar la experiencia e intereses de los varones como un colectivo humano específico, pero no como representantes de la humanidad¹⁷²

En palabras de Graciela MEDINA lo que determina la pertinencia de aplicar la perspectiva de género no es el hecho de que está involucrada la mujer, sino que la cuestión está originada en relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas.¹⁷³

Por ello, y en tanto la violencia implica sometimiento, coerción, manipulación, infravaloración, etc. previo al análisis del vicio de violencia con perspectiva de género es útil mencionar los diferentes tipos de violencia que

¹⁷² FACIO, Alda “Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer una interpretación judicial con perspectiva de género” en HACIA POLÍTICAS JUDICIALES DE GENERO, pág. 311, Editorial JUSBAIRES, 2017.

¹⁷³ MEDINA, Graciela “JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. ¿POR QUÉ JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO? Y ¿CÓMO JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO? Publicado en: SJA 09/03/2016 ,1 • JA 2016-I



DECONOMI

menciona tanto el Protocolo de México al que nos hemos referido, como la ley 26485. Es importante reiterar, como se consigna en la página 65 del Protocolo, que género no es sinónimo de violencia exclusivamente contra las mujeres: ésta también se puede representar con actos contra minorías sexuales o contra niños y adolescentes, por mencionar algunos ejemplos, pero también a hombres que en ciertos escenarios pueden ser vulnerables debido a jerarquías como edad, clases, etnia y orientación sexual. Por ello “en este Protocolo se usará el término de violencia por razones de género reconociendo que es un tipo de violencia cuyo impacto afecta en mayor proporción a mujeres, niñas y personas de la diversidad sexual, sin que por ello se sugiera que los hombres se encuentran exentos de tener el carácter de víctimas”. Recuerdo haber leído en un trabajo de Luciana Peker publicado en INFOBAE en fecha 5 de abril de 2023 vinculado con la prescripción del delito de acoso sexual y corrupción de menores, que el reclamo de las mujeres para ser escuchadas permitió que hablen y que sean **escuchados los varones vulnerables víctimas de otros varones poderosos** (en el ámbito familiar, educativo, institucional, laboral, etc.) y que eso muestra que los cambios producidos por el feminismo son también a favor de los varones que ocuparon un lugar de debilidad por su historia, su estructura familiar, su situación económica, su origen o su edad.

En el Protocolo se mencionan la **violencia psicológica o emocional** (puede consistir en amenazar, intimidar, coaccionar, insultar, celar, chantajear, humillar, aislar, ignorar y otras conductas que afecten la estabilidad emocional, autoestima o cualquier otra estructura relacionada con la salud psicoemocional), **física, sexual (con o sin acoso y hostigamiento físico), feminicida, obstétrica, simbólica, económica y patrimonial**. La violencia económica implica controlar o limitar las percepciones económicas de la víctima. Esta forma de violencia también se presenta en contextos de dependencia económica, particularmente cuando la víctima se dedica a labores del hogar o percibe un salario menor. Adicionalmente, pueden considerarse en este rubro la explotación laboral y las barreras para ascender de puesto en el trabajo, así como percibir salarios menores. Algunos ejemplos concretos son: prohibir trabajar, determinar montos insuficientes de dinero para gastar y cubrir necesidades básicas, controlar las cuentas de banco, tarjetas de crédito o salario, etcétera. Según



DECONOMI

dicho Protocolo la violencia patrimonial no debe confundirse con la económica, pues, a diferencia de aquélla, ésta se relaciona con los derechos de propiedad de la víctima. Consiste en aquellas acciones u omisiones que tienen por objeto controlar, disminuir o anular la capacidad de adquirir, mantener, administrar o hacer uso de sus bienes y derechos patrimoniales. También comprende la destrucción, sustracción o retención de los bienes o recursos económicos pertenecientes a la víctima¹⁷⁴

Por su parte el artículo 4 de la ley 26485 define a la violencia contra las mujeres como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Aclara que quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Y define a la violencia indirecta como toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón. Y en el artículo siguiente (**5º**) establece que quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- **Física:** La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física. 2.- **Psicológica:** La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación. 3.- **Sexual:** Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través

¹⁷⁴ En págs. 68 y sigs. del Protocolo publicado en noviembre de 2020 por la Suprema Corte de Justicia de México.



DECONOMI

de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. 4.- **Económica y patrimonial:** La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. 5.- **Simbólica:** La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

Como se aprecia, mientras en la ley 26485 se identifica y describe en forma conjunta a la violencia económica y patrimonial, en el Protocolo se advierte que no deben confundirse. Y otra diferencia es que en este último se mencionan los “espacios y ámbitos donde puede desarrollarse la violencia”, a saber: familiar, docente y educativo, político, institucional, comunitario y en el espacio público, mediático y digital; pero en la ley 26485 en el art. 6 se vinculan las formas en que se manifiesta la violencia con los distintos ámbitos bajo la denominación “**modalidades**” y se consigna a) **Violencia doméstica:** aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia; b) **Violencia institucional:** aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o



DECONOMI

institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil; c) **Violencia laboral:** aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral; d) **Violencia contra la libertad reproductiva:** aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; e) **Violencia obstétrica:** aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929. f) **Violencia mediática:** aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

Hemos considerado que la transcripción textual de tres artículos de la ley 26485 y la referencia al Protocolo de México eran la mejor forma de describir qué es la violencia para mejor comprensión de su concepto. Sus definiciones con ejemplos y la referencia a los espacios y formas que asume la violencia que se ejerce sobre personas vulnerables por razones de sexo, edad, condición



DECONOMI

económica y social, etc. constituyen un elemento indispensable para integrar el concepto de violencia del art. 276 del Código Civil y Comercial, y para cumplir con el mandato legal y convencional de juzgar con perspectiva de género.

Explica Graciela Medina que juzgar con perspectiva de género implica “*conocer la influencia de los patrones socioculturales en la violencia contra la mujer. Por ello para lograr juzgar con perspectiva de género se requiere reconocer que existen patrones socio culturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y que son necesarios conocer y aceptar su existencia al momento de decidir. En otras palabras, es necesario un intenso y profundo proceso de educación del juzgador que permita ver, leer, entender, explicar e interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión. Al juzgar con perspectiva de género se hace necesario evitar los estereotipos (que) son todas aquellas características, actitudes y roles que estructuralmente es una sociedad son atribuidas a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como "categorías sospechosas". Asignar estereotipos responde a un proceso de simplificación para el entendimiento y aproximación del mundo. Están profundamente arraigados y aceptados por la sociedad que los crea, reproduce y transmite. Lo problemático surge cuando dichas características, actitudes y roles se les adjudica consecuencias jurídicas — como limitar el acceso a los derechos — y sociales, así como una baja jerarquización respecto a lo que se considera como el paradigma único del "sujeto neutral universal". Más adelante expresa que está convencida que “resulta indispensable contar con una adecuada perspectiva de género a la hora de analizar y abordar situaciones de violencia familiar en general y en particular en el caso de las mujeres. Es decir, que tenemos que analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres. Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada "neutral" a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra*



cultura y entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin¹⁷⁵.

Siguiendo el método explicado por Ana C. ALONSO, con remisión a importantísima doctrina y antecedentes normativos y jurisprudenciales, para juzgar con perspectiva de género es ineludible valorar en primer lugar las circunstancias “previas” para identificar situaciones de poder y el contexto de desigualdad estructural y de violencia que produce un desequilibrio entre las partes, y detectar si alguna de las personas involucradas está en situación de vulnerabilidad (la autora expresa” si la persona pertenece a alguna o varias de las categorías denominadas sospechosas”, como el género, la raza, o cualquier otra condición personal o social). Otro paso consiste en analizar las cuestiones implícitas que son parte del caso, desechando cualquier estereotipo o perjuicio de género a fin de visibilizar las situaciones de desventaja entre las partes. Por último, en relación a la norma de derecho aplicable deberá evaluarse el impacto diferenciado de las normas aplicables y su neutralidad, además del análisis de constitucionalidad y convencionalidad que debe llevarse a cabo aún de oficio¹⁷⁶.

Las decisiones judiciales con perspectiva de género deben estar presentes en todas las cuestiones, patrimoniales o no. Los jueces y juezas deben preguntarse si la persona está en situación de vulnerabilidad por factores que interactúan entre sí, y analizar la prueba con perspectiva de género, lo que implica analizar el contexto y computar las vulnerabilidades cruzadas (dependencia económica, relación de poder, pobreza, nivel de educación, etc.). Y también es necesario desarrollar herramientas procesales de compensación para asegurar una igualdad real en los procesos administrativos o judiciales, tal como están previstas en la legislación laboral. Debe implementarse, entre otros institutos jurídicos, la carga de la prueba dinámica, para que los actores en posiciones de poder tengan el deber de probar hechos que difícilmente pueda acreditar la parte más vulnerable y plazos breves cuando en el juicio se busque la protección de derechos fundamentales. Nosotros no contamos con un

¹⁷⁵ En el trabajo citado en la nota 12.

¹⁷⁶ ALONSO, Ana C. “Juzgar con perspectiva de género” en págs. 161 y siguientes de la obra colectiva IGUALDAD REAL DE LAS MUJERES dirigida por Gabriela BOQUIN y Patricia FERNANDEZ ANDREANI, Editorial Astrea, 2021.



DECONOMI

protocolo como México, pero el Código Civil y Comercial recepta y potencia las cargas probatorias dinámicas en los procesos donde la relación de fuerzas es asimétrica, desigual. Así vg. los arts. 710 (procesos de familia) y 1735 (responsabilidad civil). También algunos Códigos Procesales provinciales han receptado la categoría de personas vulnerables, como el CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE CORRIENTES ¹⁷⁷, que en el capítulo 6 regula los PROCESOS CON SUJETOS VULNERABLES y establece que las normas de ese Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes (art. 46). Según el artículo 47 se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. El art. 48 establece que la condición de vulnerabilidad deberá ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobreviniente, hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior, debiendo acreditarla en grado verosímil. En su caso, el juez deberá ordenar las pruebas que considere necesarias y agrega que “la parte que conozca o deba conocer, que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad, deberá hacerlo saber al juez en su primera presentación o dentro de los diez (10) días de haber tomado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar a una multa de hasta el valor de 20 (veinte) jus. Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informarlo. Si, en cualquier etapa del proceso los jueces advirtieren indicios de que se configura la condición de vulnerabilidad, deberán

¹⁷⁷ Ley provincial 6556, B.O. 13 de mayo de 2021.



verificarla. Verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso quedará regido por las normas de este capítulo”.

La referencia al Código de Procedimientos de una provincia de la República Argentina, con transcripción en el texto de sus artículos, tiene como fin ilustrar la receptividad legislativa federal de principios y normas constitucionales y convencionales, así como de LAS 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (marzo de 2008), que contempla relevantes previsiones para avanzar y fortalecer el derecho humano de acceso a la justicia de estos grupos de personas. Dicho instrumento forma parte del sistema de fuentes del derecho interno argentino gracias a la Acordada de la CSJN N° 5/2009. Mediante dicha Acordada, firmada el 24 de febrero de 2009 (el mismo día en que se dictó la sentencia del caso “Halabi”¹⁷⁸), el máximo tribunal de nuestro país adhirió a tales Reglas y dispuso que “deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos a que se refieren” (art. 1).

Una agenda que asuma el acceso a la justicia desde una perspectiva estructural, igualitaria y de derechos humanos requiere que se discutan nuevas legislaciones procesales que tengan en cuenta la desigualdad de las partes en litigio, como han comenzado a hacerlo muchas provincias argentinas.

En el campo del derecho comercial y empresarial, son lamentablemente frecuentes los casos de violencia económica y patrimonial. Ello así, si del análisis realizado surge que la norma incide desfavorablemente en la persona –acreedora o deudora- víctima de una situación de violencia económica y/o patrimonial, y su aplicación vulnera el acceso a los derechos en ese caso concreto, o dicho en otros términos, si la norma no es neutral, la magistratura debe declararla inaplicable por resultar irrazonable y provocar un resultado lesivo reprochado por la Constitución Nacional y tratados de Derechos Humanos.

¹⁷⁸ CSJN, 24/2/2009 “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.” FALLOS 332:111.



DECONOMI

Nos referiremos a continuación muy brevemente a tres casos que nos permitirán comprender cómo una interpretación sistemática y *pro persona* de las normas referidas a la violencia bajo la “lupa” del género, permite arribar a una solución justa y razonable.

En un orden cronológico el primer fallo al que nos referiremos fue dictado por la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 27/12/2019 en “Aguirre, G. s/ recurso extraordinario provincial”¹⁷⁹. En dicho precedente, los tres ministros de la Sala Primera, por unanimidad y con invocación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por Ley 23.179, a la que se otorgó jerarquía constitucional mediante el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Para”, ratificada mediante la Ley 24.632, promulgada en abril del año 1996, la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones interpersonales, a la que adhirió la provincia de Mendoza mediante la Ley N° 8226, en noviembre del año 2010, resolvió que correspondía la declaración de nulidad del documento que importa la renuncia de derechos de la mujer golpeada, en favor de su marido agresor, dado que se encuentra suficientemente acreditada la violencia ejercida sobre ella, la cual vicia de nulidad al acto jurídico, por defecto en la conformación de la voluntad de la actora. Sostuvieron que no aplicar la normativa relativa a la violencia de género de oficio, so pretexto de que no ha sido invocada por las partes, en un caso como en el cual se ha acreditado la existencia de violencia perpetrada por el marido en contra de su esposa —luego de un ataque físico le solicitó firmar un instrumento notarial donde ella renunciaba a derechos patrimoniales—, implica lisa y llanamente violación de las convenciones internacionales protectorias de los derechos de las mujeres, suscriptas por nuestro país e incorporadas a nuestra legislación, incluso con jerarquía constitucional, lo cual generaría sin duda responsabilidad internacional. Y destacaron que la necesidad de analizar el caso concreto para verificar la posibilidad de un acto de violencia como vicio de la voluntad que anule la libertad de decisión debe cobrar aún mayor

¹⁷⁹ Cita: LA LEY ONLINE, TR LALEY AR/JUR/58019/2019



preponderancia en un caso de violencia contra una mujer que sufría violencia de parte de su marido y fue obligada a firmar un documento notarial en el cual reconocía que determinados bienes eran propios de él.

El segundo caso ya fue mencionado (véase nota 10) y fue resuelto por la Cámara de Apelación Civil y Comercial de MORON, Provincia de Buenos Aires, el 20/10/2021 en “C.P.M. c/ R.P.G. s/ cumplimiento de contrato”.¹⁸⁰ En el juicio el actor reclamaba el cumplimiento de un acuerdo celebrado el 18 de julio de 2018 en virtud del cual la demandada se obligaba a abonarle determinada suma de dinero. Esta planteó la nulidad del convenio invocando haber sufrido un vicio de la voluntad: concretamente, ser víctima de violencia. Resolvieron allí los magistrados que debía anularse el convenio celebrado entre las partes, ya que la prueba pericial fue categórica en cuanto a que la demandada había sido víctima de violencia psicológica por parte de su ex pareja —el actor— convirtiéndose esta experiencia en un suceso traumático y dejando en ella huellas psíquicas; máxime cuando el accionante, presenta rasgos psicopáticos. Expresaron que la cuestión de la violencia, como vicio de la voluntad, adquiere ribetes particularizados cuando se trata de cuestiones vinculadas con lo intrafamiliar y cuando sus víctimas han sido mujeres y que era imprescindible, entonces, juzgar el caso con perspectiva de género. Señalaron la importancia de la directiva del art. 16 inc. i) de la ley 26.485, en cuanto establece el deber de garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el derecho a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos.

El último caso, muy reciente, fue decidido por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial¹⁸¹. En este caso, se planteó la nulidad de determinadas decisiones assemblearias adoptadas en una sociedad anónima en la cual el actor era Presidente del Directorio y la demandada, Vicepresidenta. La demanda fue rechazada en primera instancia y la sentencia confirmada por la Sala por unanimidad. Se juzgó que las omisiones y conductas sistemáticas del

¹⁸⁰ Cita: LA LEY ONLINE TR LALEY AR/JUR/51524/2020

¹⁸¹ Prado, F. c. Sower S.A. y otro s/ Ordinario • 09/05/2023, Cita: TR LALEY AR/JUR/55880/2023.



DECONOMI

Presidente del directorio habilitaron válidamente a la señora M. a recurrir a las prerrogativas previstas en el art. 161 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y realizar la convocatoria a reunión de directorio, aprobar los estados contables y convocar a asamblea para su posterior consideración. En su ampliación de fundamentos, el Dr. Barreiro invocó y argumentó de oficio la perspectiva de género en tanto consideró que la conducta que el actor desplegó fue hostil, abusiva y en contravención a las normas que, como medidas de acción positiva, el Estado ha promulgado en defensa de los derechos de las mujeres. “Es que al impedir el cumplimiento del giro habitual del ente social, el demandado indirectamente sometió económica y patrimonialmente a la exesposa cometiendo una clara violación a la ley 26.485”. El magistrado se remitió al art. 4 de la ley 26485, y expresó que en las relaciones familiares el ejercicio de violencia económica se advierte en diversos escenarios, ya sea durante la convivencia o a su finalización y suele darse junto a la violencia física o psicológica. “Se ha señalado, entonces, que esta se configura cuando el hombre utiliza su poder económico para manejar las decisiones y el proyecto de vida de la mujer, por medio de diferentes mecanismos de control y vigilancia con relación al uso y distribución del dinero. Las dinámicas que vinculan el control del dinero con la definición de lo masculino institucionalizan patrones de poder y estereotipos que reproducen la descalificación de la mujer” (cfr. Marisa Herrera, “La perspectiva de género desde el procedimiento civil o el procedimiento civil en clave feminista”, publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, p. 127 y ss., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022). En estas condiciones, no cabe duda que en el caso concreto la actitud del actor no puede tolerarse, en tanto resulta una clara manifestación de la violencia económica prevista en la norma y una continuación de los estereotipos que, como poder del estado, este Tribunal no puede convalidar”.

Patricia Fernández Andreani, en su comentario al fallo anota que la utilización de la perspectiva de género permitió: (i) Evidenciar las jerarquías; (ii) Revelar las relaciones de poder; (iii) Evidenciar las conductas que constituyen violencia económica contra la mujer; (iv) Demostrar cómo esas conductas buscan replicar la subordinación propia de un sistema; y (v) permitió aplicar un impacto diferenciado de las normas, determinando en qué casos ese trato diferenciado es necesario. “En suma, la perspectiva de género en el caso da



sustento a la aplicación de la norma más favorable a la víctima, la reinterpretación de las normas nacionales, al debido diálogo de fuentes y al apartamiento de la norma directa aplicable al caso en miras de potenciar los derechos de la persona víctima de violencia. Así dicho, el enfoque ayudó en el caso a apartarse de la solución del art. 267 LGS y encontrar otro fundamento para refrendar la actuación de la Sra. M., en apego al art. 161 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. De tal modo que la aplicación de esta mirada ha permitido aplicar el principio de igualdad y progresividad; reafirmar el uso de una norma más protectora; interpretar de acuerdo con los paradigmas que abrazó el Código Civil y Comercial de la Nación, evidenció los estereotipos de género, tomó en cuenta las asimetrías de poder y eliminó la revictimización a la víctima a través de los argumentos. Y por último, y quizás lo más importante, se hizo cargo del poder simbólico de la sentencia en la medida que podría haberse llegado al mismo resultado invocando los principios de buena fe, de conservación de la empresa y de la actividad económica, de abuso del derecho, entre otros, pero especialmente se eligió visibilizar la actuación que representaba violencia económica y subordinación”¹⁸²

V. CONCLUSIONES.

Nuestro objetivo ha sido realizar una interpretación sistemática del concepto de violencia del art. 276 del Código Civil y Comercial, esto es no como un enunciado aislado sino como una parte de un conjunto de normas legales, supralegales y constitucionales que le proporcionan sentido, fundamento y coherencia. Así lo impone además el art. 2 del mismo Código.

A lo largo de este trabajo nos hemos propuesto insistir en que utilizar la perspectiva de género sin descuidar todos los valores de la Constitución Nacional, que son los que nos unen como sociedad, es un aporte imprescindible para el efectivo cambio cultural. La incorporación de la perspectiva de género en la labor jurisdiccional implicar cumplir la obligación constitucional y convencional

¹⁸² Fernández Andreani, P. “Caso SOWER S.A., LA PERSPECTIVA DE GENERO EN UN CONFLICTO SOCIETARIO. Un nuevo paradigma”. Publicado en: LA LEY 03/11/2023 , 6 -Cita Online: AR/DOC/2671/2023



DECONOMI

de hacer realidad el derecho a la igualdad, remediando las relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, así como visibilizando la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación normativa y en la valoración de hechos y pruebas. Para ello, la magistratura debe ejercer de oficio el control de convencionalidad entre las normas internas y las convenciones con rango constitucional. Todos los operadores judiciales debemos ser custodios de la aplicación de las convenciones de Derechos Humanos entre las que se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará), que tienen que ser tenidas en cuenta al aplicar las leyes internas y al resolver los conflictos que involucren cuestiones de género. Ello así, porque el Estado convencional constitucional de derecho nos impone nuevos paradigmas a la hora de juzgar, que permitirán consolidar un modelo social igualitario y una sociedad realmente democrática.



“El camino al reconvenio o renegociación del acuerdo homologado”

por *Francisco Junyent Bas*

Sumario

I. Introducción. II. Camino a la habilitación de las propuestas readecuables y el denominado “reconvenio”. II.1. – El rol del juez concursal y sus facultades jurisdiccionales. II.2 - Homologación. III. El juez concursal conserva imperio sobre el acuerdo homologado. III.1 – La conclusión inconclusa y las facultades del juez. III.2. – Las vicisitudes del convenio homologado IV. Renegociación del acuerdo. Las bases del convenio de las mayorías. V. Replanteo del tema: “rebus sic stantibus”. VI. Las vicisitudes que implican alteración de las bases contractuales. VII. Una situación diferenciada: la previsión en el acuerdo homologado VII.1 La llamada propuesta “readecuable”. VII.2 Ausencia de estipulación expresa. VIII. EL principio de igualdad de los acreedores. IX. El contenido de la resolución judicial. X. Oportunidad de obtención de conformidades X.1 Autorización para la renegociación. X.1 Autorización para la renegociación. X.2 Acompañamiento de conformidades. X.3 Nueva homologación X.4 El nuevo acuerdo y/o la aceptación de la formulación. XI. Algunas reflexiones

I. Introducción.

En los últimos tiempos y, muy especialmente, a partir de la pandemia introducida como consecuencia del Covid-19 surgió con fuerza la necesidad de modificar la legislación concursal. Este aspecto fue objeto de numerosas propuestas en el derecho patrio que, lamentablemente, no llegaron a buen puerto.



DECONOMI

Uno de los temas que más se debatió fue la posibilidad de “renegociar el acuerdo homologado” y las opiniones doctrinarias comenzaron a surgir en ambos sentidos.

En este aspecto, los autores reclamaron, entre otras medidas, las siguientes reformas:

En primer lugar, se advirtió la necesidad de articular “un proceso preconcursal”, ágil y dinámico, más “aligerado” y “flexible” que el mismo APE, con dos modalidades: una para las empresas y, otra: para las Pymes y consumidores.

Este nuevo proceso debía responder a la finalidad de adelantar las soluciones al comienzo de la crisis empresarial y lograr una mejor respuesta de los operadores económicos. Con relación al consumidor, se acentuó gravemente el “sobreendeudamiento” de estos y, consecuentemente, se confirmó la insuficiencia de la actual ley concursal y la necesidad de una tutela especial y preferente a la luz de los derechos humanos.

Ambas alternativas deberían asegurar, conjuntamente con un acceso fácil y sencillo a la tutela judicial de un “paraguas patrimonial” que protegiera la prenda común de los acreedores, como así también las unidades productivas y las fuentes de trabajo.

Dicho derechamente, deviene necesario regular, aún en el ámbito extrajudicial: la suspensión de acciones, subastas extrajudiciales o judiciales, el mantenimiento de las cuentas corrientes y el cese de las cautelares trabadas sobre bienes de los patrimonios en “crisis” y, en caso de consumidores también el “cese” de todo tipo de embargo o descuento sobre los salarios o ingresos.

Por otra parte, también se hacía necesario disponer la suspensión de los pedidos de quiebra en trámite -y prohibición de entablar nuevos pedidos por un plazo no inferior a 180 días, desde que cesara la “cuarentena” y/o Aspo en forma general y que permitiera la reanudación de la actividad económica, aspectos que lamentablemente no recibieron respuesta alguna, con la secuela de cierre de empresas pequeñas y sobreendeudamiento de “monotributistas”.



A lo dicho se agregaba la necesaria suspensión de las ejecuciones de créditos, con o sin garantías reales por un plazo no inferior a 180 días, cuestión que tampoco fue considerada por el legislador.

A su vez, en el caso de concursos preventivos en trámite, se tornaba conveniente habilitar, a pedido de parte o de oficio, una resolución de “readecuación” de todos los plazos; a saber, el período de verificación de créditos, período de exclusividad, etc. que no fuese menor a 180 días.

La ausencia normativa llevó a los jueces a tomar las aludidas medidas, haciendo pie en el caso fortuito o fuerza mayor que significaron las medidas con las que se encaró la pandemia, todo lo cual exigió de una adecuada comprensión de la tutela judicial y de la situación de cada causa para ajustar la respuesta dentro del orden normativo vigente.

De todas formas, la diversidad de criterios se reflejó en diversos precedentes, que permiten afirmar una vez más, la necesidad de una reforma del estatuto concursal siguiendo las enseñanzas de la doctrina y del derecho comparado.

Así, en orden a las propuestas de acuerdo, se viene proponiendo en forma insistente la necesaria habilitación de lo que Juan Anich llamó propuestas “readecuables”; como así también la viabilidad de la “renegociación” del acuerdo, superando la dogmática respuesta de su inmutabilidad en atención a la llamada “cosa juzgada” de la sentencia de homologación.

Por su parte y, siguiendo la legislación española, se propone introducir en caso de acuerdos preventivos homologados, el denominado “reconvenio”, es decir, la readecuación del convenio original a la nueva realidad económica, suspendiéndose el período de inhibición del ar.59 y art. 63 de la LCQ, habilitando así un “nuevo convenio” a homologación del juez.

II. La habilitación de las propuestas readecuables y el denominado “reconvenio”.

Desde esta perspectiva, antes de centrarnos en el tema del “reconvenio”, resulta conveniente recordar algunas reglas básicas referidas al rol



DECONOMI

del juez como director del proceso concursal, a los plazos procesales y a la homologación del acuerdo.

Veamos:

II.1. – El rol del juez concursal y sus facultades jurisdiccionales.

El juez concursal tiene facultades para tomar todas las medidas necesarias para el desarrollo del proceso concursal¹⁸³; y especialmente, para el cumplimiento de sus fines (en función de la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores, art. 16, in fine, LCQ). Puede, de oficio, separar al concursado de la administración de sus negocios y designar un veedor, co-administrador o administrador (art. 17, LCQ). Debe decidir sobre la existencia del acuerdo (art. 49, LCQ), sobre su impugnación (art. 50, LCQ) y fundamentalmente sobre la homologación del acuerdo preventivo (art. 52, LCQ). Pero también sobre su nulidad (art. 60, LCQ).

En ningún caso el juez puede homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley (art. 52, inc. 4, LCQ)¹⁸⁴. Incluso, deberá tomar medidas judiciales necesarias para su cumplimiento, estableciendo medidas conducentes a su formalización o fijando plazos para su ejecución, salvo lo dispuesto en el acuerdo (art. 53, LCQ).

El juez tiene facultades oficiosas de dirección del proceso y debe tomar todas las medidas necesarias para ello art. 274, LCQ¹⁸⁵. Puede hacer comparecer al deudor, requerir información al deudor o a terceros y disponer medidas que procuren la determinación de la verdad real.

¹⁸³ FAVIER DUBOIS, E. M., *Atribuciones del juez concursal en la posmodernidad*, ponencia para el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bahía Blanca, 2021, disponible en: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-dedoctrina/concursos-y-quebras/atribuciones-del-juez-concursal-en-la-posmodernidad>.

¹⁸⁴ JUNYENT BAS, F., *El eventual abuso del concordato y el rol del Ministerio Público*, Revista de Sociedades y Concursos, Legis, año 11, 2010-2, p. 91

¹⁸⁵ JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., *Facultades del juez concursal*, Advocatus, Cba., 2004, p. 11.



DECONOMI

Es una facultad indispensable para la adecuada solución de un concurso preventivo. Estas facultades, incluso, son menores a las que se prevén en otros ordenamientos concursales de derecho comparado¹⁸⁶.

El síndico, los acreedores y terceros interesados pueden proponer medidas conducentes a las soluciones concordatarias. El juez debe evaluar cada una de estas peticiones, sea en el proceso principal, en cuestiones incidentales –art., 280, LCQ- o, incluso, en incidentes de investigación, y tomar decisiones. Las decisiones que dicte, en general, hacen cosa juzgada material y deben fundarse en la verdad real. Ello no significa que algunas medidas v.gr., cautelares, preliminares, etc. no puedan ser provisorias y tengan una duración limitada en el plazo.

II.2 - Homologación.

Obtenidas las mayorías (art. 49, LCQ), el juez concursal deberá analizar, realizando el control de legalidad sustancial, si homologa el acuerdo de mayorías.

La resolución del juez que homologa el acuerdo preventivo es la que confiere fuerza de ley al acuerdo, más allá que su fundamento sustancial es la obtención de una adhesión significativa a la propuesta de acuerdo (arts. 45 y 67, LCQ).

La doctrina es unánime en sostener que la sentencia homologatoria del acuerdo, una vez firme, adquiere autoridad de cosa juzgada con efecto *erga omnes*, de conformidad a los art. 55 y 56 de la LCQ¹⁸⁷.

Cabe entonces preguntarse si el carácter de cosa juzgada del acuerdo homologado impide su renegociación o lo que los españoles llaman el reconvenio y bajo qué exigencias.

¹⁸⁶ BERMEJO GUTIERREZ, N., *¿Un derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, p. 269.

¹⁸⁷ CÁMARA, H., *El concurso preventivo y la quiebra*, act. dir. Martorell, 2004, vol. II, p. 1187; MAFFÍA, O.J., *Efectos del concordato*, RDCO, 1986, p. 700; GRAZIABILE, D., *Derecho concursal*, 2º ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, p. 529; HEREDIA, P.D., *Tratado exegético de derecho concursal*, Abaco, Bs. As., 2000, t. II, p. 242.



III. El juez concursal conserva imperio sobre el acuerdo homologado.

Un aspecto fundamental que cabe considerar es las posibilidades que tiene el juez de rehabilitar el acuerdo y, consecuentemente, permitir el reconvenio. Para ello, se hace necesario tener en cuenta algunos aspectos, a saber:

III.1 – La conclusión inconclusa y las facultades del juez.

El art. 59, LCQ, señala que una vez homologado el acuerdo, y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez debe declarar finalizado el concurso, dando por concluida la intervención del síndico.

Lo dicho no significa que cesa la intervención del juez concursal. Es clásico citar el viejo y agudo trabajo de Osvaldo Maffia nominado “la conclusión inconclusa”¹⁸⁸.

El juez mantiene plenas funciones y puede tomar medidas oficiosas para garantizar la transparencia del proceso concursal y las medidas ordenadas.

En esta línea, pese a la homologación y conclusión del concurso, puede interpretar el acuerdo v.gr., si existe alguna cláusula imprecisa o tiene algún error material, puede solicitar información contable, de gestión e incluso sobre el cumplimiento no sólo al concursado, sino al comité de control o al síndico y sustanciar un pedido de quiebra indirecta por incumplimiento del acuerdo art. 63, LCQ o por falta de erogación de los honorarios de los profesionales art. 54, 2º párr., LCQ.

La facultad del juez concursal no sólo depende de la competencia procesal, es decir, del juez natural, sino de las especiales funciones y facultades de aquel. El análisis de cualquier cuestión vinculada con la ejecución, cumplimiento y eventual modificación lo debe hacer el juez concursal. Además, es quien tiene los elementos para poder evaluar la situación especial del concursado y el posible impacto que una situación macroeconómica puede generar. No sólo históricos, al momento de la homologación, sino presentes,

¹⁸⁸ MAFFÍA Osvaldo, “Conclusión (inconclusa) del concurso”, La Ley, 1997-B-1.424.



pues analiza los informes de gestión y cumplimiento presentados por el controlador del acuerdo.

III.2. – Las vicisitudes del convenio homologado

El acuerdo homologado se basa en elementos jurídicos y económicos valorados al momento de presentación de las mayorías. Existen países en los que la estabilidad económica y jurídica son la regla y en los que la seguridad jurídica impone garantizar la inalterabilidad de lo pactado. Pero dicha situación no se da en todos los supuestos por igual.

Un acuerdo con dos años de espera y sin intereses puede ser casi inocuo en momentos en los que no hay inflación y tasas de interés relativamente bajas y puede horadar una parte importante del capital en momentos de hiperinflación.

Lo señalado admite que si se diera una situación de grave emergencia sanitaria en la que el deudor tiene paralizada su actividad puedan darse elementos que permitan suspender o modificar el cumplimiento de lo acordado. Ahora bien, dicha circunstancia podía ser diferente para un laboratorio, en la que no sólo se mantuvieron las actividades, sino se incrementaron.

Lo mismo también con otros supuestos que no son tan generalizados y que pudiera abarcar algún aspecto puntual de ciertas actividades.

La consecuencia del incumplimiento no admite la ejecución judicial del acuerdo concursal por el acreedor, sino la quiebra del deudor.

En este marco, es claro que la quiebra muchas veces no soluciona nada. Todo lo contrario: trae consecuencias inconvenientes para el efectivo cobro de los créditos concursales.

Ahora bien, cabe puntualizar que el sentido de la inmutabilidad de la cosa juzgada, relativa al acuerdo que ha merecido el imperio judicial, esta enderezada a su cumplimiento en condiciones similares a las que se dictó, pero por las especiales características que implica el plan de reorganización hace tiempo que la doctrina preconiza la necesidad de propuestas readecuables que permitan después renegociar el acuerdo.



DECONOMI

Ahora bien, cabe preguntar qué sucede si no ha habido una cláusula de revisión y/o readecuación del acuerdo y deviene lo mismo un cambio relevante en las condiciones socioeconómicas en donde desarrolla la actividad la deudora.

Cabe repreguntarse ¿No puede acaso el juez aplicar el viejo saber romano *“Pacta sun servanda, rebus sic stantibus”*?

¿Puede invocarse la cosa juzgada para negar dicha facultad judicial?

Entendemos que es perfectamente factible buscar una vía de renegociar el acuerdo como camino más valioso para preservar los intereses y fines que tutelan el proceso concursal.

IV. Renegociación del acuerdo. Las bases del convenio de las mayorías.

Hemos dicho supra que la posibilidad de renegociar el acuerdo homologado por el juez concursal art. 52, LCQ, no tiene todavía una respuesta legislativa en nuestro derecho, pese a lo cual nos animamos a contestar afirmativamente el cuestionamiento.

Así, la homologación del acuerdo coadyuva a mejorar la situación patrimonial del deudor, y esto debiera permitir reorganizar la empresa y sanearla económicamente. En efecto, una vez homologado el acuerdo preventivo, y si este incluye el pago de lo adeudado en varios años, parte del pasivo exigible “corriente” pasa a ser “no corriente”; esto es, exigible luego del año; y con ello, la situación financiera del concursado suele mejorar considerablemente. Salvo los honorarios del concurso sindicatura, abogados, aportes judiciales, etc. que son exigibles a los noventa días art. 54, LCQ, disminuye considerablemente la deuda de “corto plazo” vencida que deba ser atendida en lo inmediato. Ello suele generar puntos de equilibrio transitorios, ya que con los ingresos corrientes se pueda atender las obligaciones de pagos.

El proceso concursal colabora con el ordenamiento de la situación financiera, pero muchas veces no resuelve problemas estructurales.



DECONOMI

La presentación en concurso preventivo no sólo limita la financiación bancaria; verbigracia, la sola presentación en concurso preventivo impone calificación crediticia cuatro o cinco, según el tiempo de la mora; además los proveedores y terceros suelen trabajar de contado o con márgenes reducidos.

El capital de trabajo suele ser determinante para poder mantener la actividad económica y poder estructurar un plan de crecimiento para poder hacer frente al acuerdo.

La presentación de la propuesta de acuerdo suele diseñarse sobre variables “micro” y “macroeconómicas”. Se suele tener en cuenta un nivel probable de actividad mínimo y un flujo de fondos proyectados que permita garantizar el cumplimiento de las cuotas concordatarias en el mercado en que se desarrollan, sea de “producto” con mejoras o diversificación, o “geográfico”, buscando nuevas zonas.

Sin embargo, no podemos olvidar que todo acuerdo “corre” sobre una situación socioeconómica global que tiene diversas características en orden a la inflación, el valor de la moneda, limitación de importaciones, reclamos salariales, etc; todos aspectos que influyen puntualmente en el cumplimiento del acuerdo.

En algunas ocasiones las bases sobre las cuales se construyó la propuesta concordataria se modifican de manera relevante. Las circunstancias que se tuvieron en cuenta para proponer el acuerdo que finalmente se homologó devienen modificadas por circunstancias ajenas a las partes, léase, concursado y acreedores. Incluso, por variables endógenas, no necesariamente imputables al concursado, v.gr., el cierre de la planta por un determinado tiempo.

En una palabra, todo acuerdo homologado, por ser un contrato de larga duración, sufre vicisitudes de diversa índole que no pueden ser ignoradas y menos en épocas de crisis.

V. Replanteo del tema: “rebus sic stantibus”.

Cabe reiterar la pregunta que adelantamos supra ¿Puede modificarse el acuerdo homologado por el juez? ¿En su caso, que condiciones deben cumplirse para lograr esta modificación? ¿Qué tipo de pautas deben tenerse



DECONOMI

para ello? ¿Puede la mayoría de los acreedores extender un nuevo acuerdo a la minoría? ¿Cuál podría ser el cauce procesal para este planteo?

¿Es necesario petición del deudor?

Siempre debe valorarse que el art. 59, *in fine*, LCQ, dice que el deudor no podrá presentar una nueva petición de concurso preventivo hasta después de transcurrido un año contado desde la fecha de la declaración judicial de cumplimiento del acuerdo preventivo, ni podrá convertir la declaración de quiebra en concurso preventivo. El art. 11, inc. 7, LCQ, impone al concursado denunciar esta situación en la presentación concursal.

Ahora bien, el actual período de inhibición del art 59 ha sido duramente criticado por la doctrina ¹⁸⁹ por no responder a la realidad socioeconómica argentina.

En esta línea, Raspall ha dicho que: "... En el último párrafo del art. 59, la ley dispone la inhibición del deudor que hubiera cumplido con un acuerdo, a poder volver a recurrir a un procedimiento concursal hasta pasado un año desde la fecha del dictado de la resolución de cumplimiento del acuerdo. Esta norma - en la que subyace una presunción de abuso- se complementa con las previsiones de los arts. 11 inc. 7 y 13 segundo párrafo, que obstruyen la posibilidad de volver a recurrir a un proceso concursal preventivo.

El supuesto bajo análisis nos pone frente a un deudor que ha cumplido el acuerdo, o sea, que no tiene acreedores concursales insatisfechos, de modo tal que la prohibición implica una sanción restrictiva no solo para el deudor, sino también para los acreedores posteriores (los únicos que existen), que son, nada más ni nada menos, aquellos que al hacer negocios y otorgarle crédito al deudor concursado, posibilitaron que este continuara con el giro y pagara el acuerdo...".

El autor citado sostiene la absoluta falta de realismo de dicha norma que impide la recuperación del deudor y pregona su derogación.

¹⁸⁹ RASPALL Miguel, *Anteproyecto de reformas a los artículos 59 y 63 LCQ*, Instituto iberoamericano de Derecho Concursal, 2.5.2020.
[https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/reformas_covid19/argentina/PROYECTO-REFORMAS-\(1\)-ART.%2059-63-LCQ-NUEVO.pdf](https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/reformas_covid19/argentina/PROYECTO-REFORMAS-(1)-ART.%2059-63-LCQ-NUEVO.pdf)



DECONOMI

En similar línea de pensamiento cabe afirmar que, si la cesación de pagos justifica la solución concursal, el agravamiento de esa cesación de pagos podría justificar la posibilidad de re-negociar un acuerdo homologado.

La justificación no es sólo económica, sino que tiene que ver con la conservación de la empresa y los beneficios que tiene una empresa en marcha¹⁹⁰.

Ha sido hartamente comprobado el valor agregado que tiene una empresa en funcionamiento, no sólo desde el punto de vista patrimonial (pues el hecho de ser una actividad organizada incrementa su valor) sino desde el punto de vista financiero (en función de la capacidad de generar ingresos necesarios para el pago de las deudas).

Rebus sic stantibus no es sólo una regla jurídica, sino que hace a los fundamentos del derecho contractual y a la valoración especial de las circunstancias que se devengaron al momento de celebración del acuerdo; pero fundamentalmente que la alteración sustancial de estas circunstancias puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

Esta posibilidad de modificar lo pactado es aceptada en el art. 1011 del CCCN que lo admite en los contratos de larga duración, tal como lo es un acuerdo homologado.

En consecuencia, si se alteran las circunstancias socioeconómicas que dieron lugar a la homologación del acuerdo, la máxima del “*pacta sunt servanda*” debe dar lugar a la operatividad de su presupuesto que es la que nos enseña que aquella está sujeta al “*rebus sic stantibus*”.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia fueron moldeando los elementos para estructurar las bases sustanciales que permitieron algo tan relevante como modificar lo acordado expresamente por las partes y legitimar al juez para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias imperantes. Muchos de ellos eran pactos estructurados *pari passu*, entre dos partes.

¹⁹⁰ TRUFFAT, E. D., *La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías en tiempos de pandemia*, www.abogados.com – 29/4/2020. También: MARTORELL, E.E., *Revisión de acuerdos preventivos homologados. ¿Se puede o es cosa de herejes plantearlo?*, RDPC (Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones contractuales), –Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020-3, p. 23.



DECONOMI

Esta regla (*rebus sic stantibus*) no sólo es aplicable al derecho privado sino también al derecho internacional público, en el que los principios y las relaciones entre los estados imponen mayor estabilidad (art. 62, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados): si se produjera un cambio fundamental en las circunstancias preponderantes en el momento de la celebración del tratado y ese cambio conlleva un cambio radical de las obligaciones que en virtud del tratado todavía quedan por cumplir, la parte perjudicada puede alegar el cambio para desvincularse del tratado o suspenderlo.

Todo lo dicho cobra fuerza en el caso del proceso concursal y de la cesación de pagos.

La insolvencia modifica las reglas generales de las partes y cambia ciertos ejes de sus relaciones individuales. La suspensión de intereses, el fuero de atracción, el levantamiento de cautelares, la prohibición de iniciar juicios, la necesidad de requerir autorización para disponer bienes registrables o continuar contratos, la imposibilidad de obtener ventajas (que otros acreedores no tienen, art. 16, LCQ), la obligación de verificar el crédito y de participar de la negociación del acuerdo son algunas de los efectos del concurso preventivo.

Por ende, no es descabellado reconocer al juez concursal facultades que se relacionen con la conservación de la empresa y a la posibilidad real de que el deudor cumpla con el acuerdo.

VI. Las vicisitudes que implican alteración de las bases contractuales.

A esta altura de las reflexiones cabe reiterar la pregunta ¿Puede modificarse el acuerdo homologado por el juez?

En primer lugar, recordemos que el juez concursal, en circunstancias excepcionales v.gr., emergencia sanitaria procedió a “prorrogar” el acuerdo preventivo. Esta justificación u otras similares fueron suficientes para validar dicha prórroga del acuerdo, por plazos cercanos a seis meses o un año. En términos simples: el juez modificó una cláusula del acuerdo homologado: el plazo de pago. Hemos dicho que también se ha aceptado que en ciertos supuestos el



DECONOMI

juez pueda morigerar la tasa de interés fijada en el acuerdo preventivo. Ello siempre que dichos intereses sean excesivos y desproporcionados con respecto a una tasa promedio del lugar de la homologación.

En relaciones contractuales individuales, el juez puede ordenar la “readecuación” de las prestaciones, de conformidad a la teoría de la imprevisión, art. 1091, Cód. Civ. y Com. o el “esfuerzo compartido”, según leyes 25.561, 35.713 y decretos 214/0; 320/02, 410/02, 762/02 y 1242/02, etc. Incluso el art. 1090, Cód. Civ. y Com., alude a la resolución del contrato si se produce una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada, configurándose lo que se conoce como frustración del fin del contrato.

En términos sencillos: el sistema jurídico autoriza la modificación del contrato (incluso la extinción) si se produce una “alteración” extraordinaria de las circunstancias existentes, esta alteración es ajena a las partes y fundamentalmente no pudo preverse dentro de la razonable previsión del riesgo asumido.

Por otra parte, el art. 1011 autoriza los contratos de larga duración donde el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto que las partes respeten la reciprocidad de las obligaciones del contrato, consideradas en relación a la duración total y consiguientemente, dispone que se debe dar la oportunidad razonable de renegociar, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

Las normas citadas permiten afirmar que, si esta habilitación se realiza en las negociaciones entre partes, no exista óbice alguno para que también pueda aplicarse en el concurso preventivo homologado.

En una palabra, no existe argumento real que impida al juez reconducir una eventual renegociación entre las partes, bajo el velo de la cosa juzgada; pues de lo que se trata no es de poner en duda los derechos y obligaciones nacidos del acuerdo homologado, sino por el contrario de habilitar una alternativa de renegociación que respete la manda del art. 1011 del CCCN.



DECONOMI

Va de suyo, que como lo señala el propio artículo citado la alteración de la “reciprocidad de las obligaciones” debe enmarcarse en una situación ajena a las partes, y que genere un impacto realmente negativo al escenario en el que se acordó la propuesta homologada, superando el riesgo al momento de presentar las mayorías que culminaron en el concordato.

En esta inteligencia, aun en un proceso concursal, la modificación de las bases preexistentes que devengaron el “sinalagma negocial” habilita la revisión del acuerdo concursal y su eventual readecuación a las situaciones preexistentes, cuando la causa se origine en circunstancias, no solo ajena a las partes, sino también que requieran restablecer el equilibrio perdido.

A esos fines podemos citar casos de una abrupta devaluación o incluso la restricción de importaciones claves u otros aspectos que afecten de lleno el flujo de ingresos de la empresa, todo lo cual permite afirmar que “no sería irrazonable” que el concursado planteara una “readecuación” del acuerdo preventivo.

Obviamente que cualquier pedido en este sentido deberá estar sólidamente fundado en documentación económica que justifique la modificación de las circunstancias y desarrolle las consecuencias de su alteración y, seguramente, deberá contar con el apoyo del contralor del acuerdo, sea síndico o comité de control, e incluso con vista a algunos acreedores.

Desde esta perspectiva, sería incluso deseable que el juez concursal llamare a una audiencia con los interesados, a los fines de aclarar el contexto de las circunstancias, contar con informes técnicos e asesoramiento técnico sobre la situación.

VII. Una situación diferenciada: la previsión en el acuerdo homologado.

VII.1 La llamada propuesta “readecuable”.

La situación es distinta cuando la misma propuesta concursal homologada incluya una estipulación expresa sobre la posibilidad del concursado renegociar el acuerdo preventivo, si se dieran ciertas circunstancias



puntuales v.gr., que el valor de un cierto bien superara cierto monto o que la facturación se redujera en un porcentaje. En este caso, quienes aceptaron la propuesta, conforme las mayorías legales, y los acreedores que no, están obligados en los términos del acuerdo concursal homologado.

Por ello, el acuerdo podría establecer la facultad del concursado de renegociar lo acordado y fijar un régimen de mayorías que tenga como piso el que estipula el art. 45, LCQ, pues de otro modo podría ser un mecanismo de subvertir las mayorías legales concursales. Tampoco podría modificar la base de cómputo que se fija en la sentencia de verificación, art. 36, LCQ y computar algún acreedor tardío, con incidencia sustancial en el cómputo de la doble mayoría.

Dicha previsión concursal podría, incluso, detallar que los acreedores que deben “votar” esta propuesta que modifica el acuerdo preventivo sean los mismos aun cuando se hubiera logrado un noventa por ciento del capital verificado; o incluso que esa mayoría para modificar el acuerdo se podrá lograr con acreedores o que no hayan aceptado expresamente la propuesta. Podrá establecer algún mecanismo de negociación e, incluso, establecer la suspensión del cumplimiento del acuerdo concursal por un determinado plazo en el que negociarán el concursado con sus acreedores.

Si los únicos interesados aceptaron la posibilidad de modificar el acuerdo bajo ciertos condicionantes, no podrían luego, aunque no hayan prestado la conformidad, impugnar la “improcedencia” sustancial y procesal del nuevo acuerdo renegociado. Obviamente, que el acuerdo, resultado de dicha renegociación del acuerdo oportunamente homologado, deberá ser puesto a la oficina por aplicación analógica del art.49 y 50 de la LCQ y quedará sometido al imperio judicial de conformidad al art. 52 de dicho cuerpo legal. Ningún acuerdo abusivo o en fraude a los acreedores podrá ser homologado.

VII.2 Ausencia de estipulación expresa.

Desde otro costado, en caso de ausencia de cláusula que habilite la renegociación o “readecuación” del acuerdo, es cuando hay que invocar una circunstancia similar a las que requiere el art. 1011 del CCCN, habilitando a renegociar o reproponer un acuerdo homologado, es decir cuando han



sobrevenido hechos graves e imprevisibles que modifican las condiciones bajo las cuales aquel ha sido propuesto o aprobado y la empresa pueda transformarse nuevamente en “viable”¹⁹¹.

Así cabe recordar que la renegociación ha sido tratada y considerada en las Recomendaciones del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal¹⁹² y está incorporado en múltiples normas concursales del derecho comparado¹⁹³ y en las Recomendaciones y Directivas de los Organismos Internacionales¹⁹⁴.

En esta línea, nuestro colega y amigo Miguel Raspall¹⁹⁵ ha dicho que: “...El tema puntual de la renegociación del acuerdo se encuentra en el “tapete” en este momento y es objeto de varios trabajos doctrinarios, así como de charlas o conferencias en diversas Jornadas Académicas. Igualmente, apreciamos que en la doctrina nacional existen opiniones muy representativas que coinciden en la necesidad de la reforma de ambos artículos de la LCQ, mediante el dictado de una *ley de emergencia* que derogue el período de inhibición y recepte la renegociación del acuerdo...”

El autor citado agrega que: “Pero el tiempo ha transcurrido (1 año) sin el dictado de la esperada ley de emergencia y las empresas tampoco encuentran -de momento- solución en la jurisdicción. Ante esta realidad, la doctrina ha comenzado a expedirse fundadamente sobre la potestad de los jueces para convocar a una renegociación del acuerdo homologado, con apoyatura en sus facultades jurisdiccionales como director del proceso (Art. 274 LCQ), en los principios y fines concursales emergentes de la filosofía de esta norma y/o en diversas disposiciones del CCCN (arts. 888, 956, 1011, 1090, 1091, 1730 y 1732, entre otros)¹⁹⁶ postura a la cual adhiero con este trabajo...”

¹⁹¹ RASPALL, M. A., *Empresas concursadas. Renegociación del acuerdo y facultades jurisdiccionales*. Rev. Doctrina Societaria y Concursal (Errepar), N° 402, mayo 2021, p. 411/425; RASPALL, M.A., *El principio de conservación de la empresa en el derecho concursal. Expansión y límites; el crédito y la viabilidad*, LL, ejemplar del 3.5.2023, p. 4.

¹⁹² Recomendaciones IIDC. Documento de trabajo 2/2020.”Renegociación de los acuerdos confirmados.” www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.com

¹⁹³ Brasil (reforma ley 14.112 año 2021), Colombia, Chile, España (ley de emergencia) entre otros.

¹⁹⁴ UNCITRAL. Guía legislativa de 2006 y UE, Directivas 2019/1023, entre otras

¹⁹⁵ RASPALL, Miguel, *Empresas concursadas. Renegociación del acuerdo y facultades jurisdiccionales*. Rev. Doctrina Societaria y Concursal (Errepar), N° 402, mayo 2021, p. 411/425

¹⁹⁶ En tal orden hemos accedido a trabajos de doctrina o a la exposición de diversos doctrinarios tales los Drs. E. Daniel Truffat, “La reformulación del concordato homologado y algunas presuntas herejías



En síntesis, la doctrina mayoritaria se pronuncia en forma clara sobre la renegociación del acuerdo o lo que la legislación española denomina el “reconvenio”.

VIII. EL principio de igualdad de los acreedores.

Desde esta perspectiva, en la medida que no se afecte el principio de igualdad de los acreedores art. 16, LCQ, los acreedores son libres, si así lo desean, incluso de renunciar a sus créditos, la renuncia prohibida es para el concursado, que no puede mejorar a un acreedor respecto a otro, sin que este acto jurídico no sea ineficaz. Así, no existe norma alguna que obligue a los acreedores cobrar las cuotas concordatarias o, en su caso, pedir la quiebra en caso de incumplimiento art. 65, LCQ.

El juez concursal no sólo puede tomar medidas para salvaguardar la empresa y su flujo de fondos como por ejemplo el levantamiento de cautelares, la recategorización tributaria, el levantamiento de bloqueos, habilitaciones, etc. sino que también puede arbitrar medidas necesarias para facilitar la negociación del concursado.

En esta línea ya hemos destacado que puede ordenar un período de exclusividad de mayor extensión art. 43, LCQ. No es lo mismo un concurso preventivo con cientos de acreedores que uno con una decena. Incluso establecer parámetros para la negociación.

Puede designar negociadores *ad-hoc* tal como se hizo en Vicentín S.A. o en otros procesos o articular audiencias en la que se logren proponer las pautas más claras o se eviten inconvenientes que la burocracia o el incorrecto asesoramiento de ciertos acreedores. El juez puede modificar las mayorías legales vía exclusión de acreedores¹⁹⁷, art. 45, LCQ cuando existe abuso de

en tiempos de pandemia”, en www.abogados.com, 29-4-2020; Truffat. Daniel “La naturaleza jurídica del convenio concursal” El trabajo va a ser publicado en la Revista Estudios de derecho concursal uruguayo que publica la Cátedra de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho de la UM, que he recibid por gentileza del autor; Ernesto Martorell,” Revisión de acuerdos preventivos homologados. ¿Se puede o es cosa de herejes plantearlo? Rubinzal y Culzoni. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones contractuales Tomo: 2020 3; Francisco Junyent Bas, disertación zoom en las Jornadas Preparatorias de Bahía Blanca del 19.3.21, entre otros.

¹⁹⁷ VAISER, L., *Sobre la exclusión de voto de los acreedores concursales*, LL, ejemplar del 1/10/2004, p. 4,



derecho por parte de acreedores¹⁹⁸ o se dan situaciones de hostilidad manifiesta o que albergan fines distintos que la transparencia en el otorgamiento de las conformidades.

Incluso puede convertir la quiebra directa, mediante el proceso de conversión, en concurso preventivo, permitiendo un plazo para que el deudor cumpla con los requisitos del art. 11, LCQ y pueda articular una alternativa no liquidativa.

De este modo, se advierte que quienes niegan la posibilidad de renegociar el acuerdo no respetan la correcta lectura del sistema jurídico y dejan de lado la relevancia de la tutela de la empresa por sobre cuestiones que no tienen entidad suficiente.

Dicho derechamente: hay que habilitar el “reconvenio”, aún de “lege lata”.

IX. El contenido de la resolución judicial.

En esta inteligencia, y para el caso que no exista previsión expresa sobre la posibilidad de renegociación o cuando prevista, no se ha explicitado el mecanismo, lo primero a determinar es la procedencia de la renegociación.

Sin dudas que esta cuestión, fáctica, económica y jurídica debe ser formalizada por el deudor, pero decidida por el juez concursal, analizando si se dan en el caso concreto las circunstancias que habilitan la renegociación.

Es lógico pensar que para respetar el debido contralor del acuerdo que desea renegociarse el juez ordene una vista o traslado al comité de control o a la sindicatura, a los fines de que informen sobre el estado de cumplimiento y opinen sobre la pretensión de renegociar el acuerdo. En igual sentido, si el juez lo entiende necesario (v.gr., clausura del establecimiento o incremento del valor de la moneda) podrá requerir algún informe adicional puntual, sea de terceros o de entidades públicas. Incluso debería ponerse a la oficina el pedido a los fines

¹⁹⁸ PALMERO, J.C., PALMERO (h), J.C., y ARAYA, T. M., *El artículo 45 (Exclusión de voto) y el Abuso del derecho*, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal – IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, “Moralización en los procesos concursales”, t. I, p. 584.



de que cualquier acreedor formule aclaraciones, pedidos o, eventualmente, oposiciones a ese pedido.

Este pedido deberá explicar porque es procedente la renegociación y las circunstancias extraordinarias, graves o imprevisibles que justifican la renegociación.

Además, sería conveniente que explique la conveniencia de la negociación y, eventualmente, compare un resultado eventual de una renegociación con el valor probable de renegociación. Dicho en otros términos: compare cuanto cobraría si se logra un nuevo acuerdo y cuanto si se produce la liquidación de los activos.

El deudor podrá sumar a su pedido la eventual conformidad de algunos acreedores para que se active una renegociación o convocar a una audiencia¹⁹⁹ a los fines de informar y/o analizar las diversas alternativas.

X. Oportunidad de obtención de conformidades.

Hemos dicho que, en caso de alteración grave e imprevisible, art. 1091 y 1011 del CCCN de las obligaciones nacidas en oportunidad de la homologación del acuerdo, existen diversas vías para plantear o llegar a la renegociación; sintéticamente marcamos que las más comunes son:

(i) que el deudor pida autorización para renegociar dicha propuesta;

(ii) que directamente acompañe al proceso concursal el resultado concreto de dicha renegociación (en la que se modificaron algunas pautas económicas del acuerdo).

X.1 Autorización para la renegociación.

En el primer supuesto, el pedido del deudor deberá exponer la situación y solicitar la autorización para pactar dicha renegociación, puede –o no- incluir la suspensión del cumplimiento del acuerdo por un plazo razonable o

¹⁹⁹ En Colombia, la Ley 1116, en su art. 46, dice: “El juez convoca a una audiencia al deudor y a los acreedores insatisfechos para deliberar y resolver lo que sea pertinente”



requerir al juez que lo disponga, tal como se hace con el pago de una cuota concordataria.

La suspensión del acuerdo está dentro de las facultades oficiosas del juez concursal, si éste advierte las evidentes ventajas que pueden importar al interés del concurso, de los trabajadores o acreedores o, incluso, el interés general. Se trata de una medida excepcional, relacionada con otras medidas cautelares, verbigracia levantamiento de cautelares, habilitaciones, etc. que se sustenta en evitar la quiebra de una empresa económicamente viable que pueda requerir una solución excepcional.

La situación de incumplimiento del acuerdo genera, de por sí, para el acreedor impago, la posibilidad de pedir la quiebra indirecta art. 77, inc. 1, LCQ, con traslado al deudor y al controlador del acuerdo art. 65, LCQ. Pero si el juez fijara un período de renegociación en el que el deudor pueda lograr conformidades para la modificación del acuerdo. Podría ser un plazo de veinte días, similar al del *cramdown*, art. 48, inc. 4, LCQ. El argumento sería similar: sea que no logró las conformidades o que se dio un supuesto de quiebra, el juez puede habilitar una segunda vuelta concursal para negociar una propuesta diferente.

El juez podría fijar pautas de negociación, la fijación de audiencias e incluso podría habilitar algún órgano asesor o de negociación que complemente dicha medida.

Obviamente que, si el deudor no logra las conformidades para la renegociación, la consecuencia es evidente: “prima facie” implicaría la quiebra de la sociedad; en la medida que no se configure una alternativa del art. 48, LCQ. Ahora bien, si la renegociación es posterior la única salida será la liquidativa.

X.2 Acompañamiento de conformidades.

A su vez, si el deudor directamente “re-negoció” privadamente una modificación del acuerdo y logró las mayorías antes de su presentación, el juez –previa vista al comité de control o a la sindicatura- podrá establecer la existencia de un nuevo acuerdo, de manera análoga a la resolución del art. 49 LCQ.



Dicho de otro modo, lo razonable es habilitar un mecanismo similar al previsto por el propio régimen concursal para la homologación, en la que primero se requiere una resolución de existencia de acuerdo art. 49, LCQ, en la que se analice la obtención de las mayorías y corran los plazos para la obtención de la homologación del acuerdo art. 52, LCQ y su eventual nulidad art. 62, LCQ.

X.3 Nueva homologación.

En cualquier supuesto en que el deudor acompañe las mayorías legales, conformando el acuerdo renegociado o “reconvenio” se requiere una nueva homologación. En efecto, no sería válido que un acuerdo homologado sea modificado sin el imperio que el juez concursal. Incluso activando un eventual mecanismo impugnatorio.

Si la renegociación no está prevista en el régimen concursal, *a fortiori* lo estarán las pautas y demás condiciones. Pese a este vacío, sería conveniente aplicar ciertas pautas que el régimen prevé para la homologación del acuerdo concursal. Por ello:

(i) las formalidades de la conformidad deberían ser las que estipula el art. 45, 1º párr., LCQ;

(ii) la propuesta puede consistir en quita, espera o ambas incluso existe la libertad que prevé el art. 43, LCQ;

(iii) la base de cómputo debe ser la del art. 45, sea de capital o de acreedores sobre la base de la verificación de créditos, art. 36, LCQ) y con las exclusiones legales art. 45, LCQ e incluso jurisprudenciales en muchos casos no previstos expresamente por la LCQ. En caso que se habilitara la incorporación de nuevos acreedores generados durante el cumplimiento del acuerdo el juez puede habilitar una “vía incorporativa”, de manera similar al art. 202 de la LCQ, estableciendo un lazo a tal efecto para recién fijar el período de renegociación.

Todos estos aspectos tienen andamiaje en el actual ordenamiento jurídico, y no existen razones serias que permitan rechazar lo que hoy se debate arduamente sobre esta alternativa que hemos desarrollado en torno a la renegociación del acuerdo.



X.4 El nuevo acuerdo y/o la aceptación de la formulación.

Un tema central lo constituye el tema de las mayorías concursales, según el criterio del juez que habilite la renegociación.

La ausencia de previsión normativa importa, en algún punto, un problema interpretativo para determinar las mayorías necesarias para la homologación de la renegociación del acuerdo, máxime si se intenta agregar a nuevos acreedores generados en el decurso del proceso.

La falta de texto expreso provee dos alternativas: unanimidad y mayorías previstas para la homologación del acuerdo concursal art. 45, 1º párr., LCQ.

La unanimidad de los acreedores no tiene problema teórico alguno. Si todos dicen que sí, no existe ningún agravio o perjuicio que pueda establecerse para la renegociación del acuerdo. La unanimidad, incluso, resuelve no sólo la renegociación de un acuerdo homologado, sino incluso una situación más grave: la conclusión de una quiebra por avenimiento, el art. 225, LCQ, impone el consentimiento de “todos” los acreedores. Sería un despropósito no aceptar una renegociación con unanimidad, que podrá ser lograda necesariamente mediante avenimiento.

Pese a ello, es razonable aceptar que la renegociación se podría lograr con las mayorías concursales previstas para la homologación tal como lo hemos señalado supra.

Pese a la falta de norma expresa, la solución analógica podría habilitar la interpretación: se trata de una pauta interpretativa para un problema que requiere una solución similar: homologar un acuerdo, aun cuando fuere de renegociación. La falta de previsión normativa impone buscar pautas parecidas. Y aquí la solución similar es las del acuerdo preventivo.

Más aún: si el fundamento del concurso preventivo son las mayorías concursales, que extienden sus efectos a todos los acreedores, incluidos



quienes no lo aceptaron, cabe aceptar que el fundamento no se ha modificado²⁰⁰. Y por ello, si el deudor logra las mismas mayorías que se logran al homologar el acuerdo, podría “modificarse” dicho acuerdo. ¿Por qué debería distinguirse en este caso una base de cómputo de mayorías? No existe ningún fundamento teórico, y menos práctico, que justifique imponer una mayoría distinta a la que prevé el ordenamiento concursal.

Debe valorarse, incluso, en este caso que las mayorías no son menores: dos terceras partes del capital social y mayoría de personas. No es un número irrelevante el que justifica la homologación de una renegociación. Importa una adhesión importante que validan, claramente, la homologación de cualquier propuesta.

XI. Algunas reflexiones

De las consideraciones que hemos venido exponiendo y que ya hemos reiterado en diversas oportunidades se sigue que entendemos viable la renegociación del acuerdo, siempre que se acredite la modificación de las circunstancias económicas que lo sustentaron en su oportunidad.

A esos fines, la deudora puede petitionar al juez que se arbitre un mecanismo de renegociación, a la manera de lo que hoy se denomina “tercera vía” para que en dicho plazo se busque renegociar el acuerdo y acompañar las nuevas conformidades ante el juez concursal.

No cabe duda que este camino debe ser interpretado estrictamente y, tal como lo establece la legislación española para circunstancias excepcionales, pero no puede negarse que se hace imperativo habilitar la renegociación de los acuerdos, máxime ante los profundos cambios “macroeconómicos” y “microeconómicos” que se están introduciendo en el país con motivo de las

²⁰⁰ Así también en el derecho comparado (La Ley española (RDL 16 de abril 2020), dice: “A la solicitud deberá acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos. La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita, cualquiera que sea el número de acreedores. Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación”).



DECONOMI

medidas tomadas por las autoridades nacionales y que impactan no solo en los diversos niveles estatales, sino también en la actividad privada, todo lo cual se traslada a las empresas en crisis y con acuerdos en etapa de cumplimiento.

Vayan estas reflexiones para seguir avanzando en un camino complejo, pero que es necesario recorrer para hacer de la normativa concursal un instrumento de reorganización y saneamiento empresarial, colaborando también, y muy especialmente, con el mantenimiento de las fuentes de trabajo.



“Soluciones de preconcursalidad y prevención de la insolvencia”²⁰¹

por Efraín Hugo Richard ²⁰²

Síntesis: La legislación societaria de 1972 contiene adecuada regulación del buen funcionamiento de esas relaciones de organización personificadas que contiene alertas tempranas y normas imperativas para asegurar conductas que eviten que la persona jurídica dañe y pueda reorganizarse de ser viable.

Palabras claves: crisis societaria – infrapatrimonialización – responsabilidad administradores

CORPORATE CRISES AND RESPONSIBILITY

Abstract: The corporate legislation of 1972 contains adequate regulation regarding the proper functioning of those personified organizational relationships that contains early warnings and mandatory regulations to ensure conduct that prevents the legal entity from producing damage and can reorganize itself, if possible.

Keywords: corporate crisis; undercapitalization; administrator’s responsibility

Índice: 1.PANORAMA GENERAL. MOTIVACIONES. 2. PRECONCURSALIDAD. ALERTAS TEMPRANAS. 3. RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. EMPRESA. SOCIEDAD. 3.1. Planificación. 3.2. Viabilidad. Contabilidad. 3.3. Integración normativa. 3.4. El fraude a la Ley. 4. SOBRE ACUERDOS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. 4.1. Integración sistemática. 4.2.Dos casos de jurisprudencia. 5. INFRAPATRIMONIALIZACIÓN. SOBRE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS. 6. LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A

²⁰¹ El presente fue escrito por el autor antes del fallo "VICENTIN SAIC S/ IMPUGNACION A LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO", Cámara Apelac. Civil, Comercial y Laboral, Provincia de Santa Fe, 06.3.24.

²⁰² Profesor Emérito UNC Director del Departamento de Derecho Comercial de su Facultad de Derecho. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa. Miembro Emérito del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) y Coordinador de su Comité Académico.



DECONOMI

LA LEY SOCIETARIA. 6.1. Grados de la crisis. 6.2. La falacia del supuesto resultado de la liquidación para aprobar quitas. 6.3 Otros vientos. 7. MEDITACIONES PERIFÉRICAS, PARA SEGUIR CONSTRUYENDO UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN EN LA DISIDENCIA.

I.PANORAMA GENERAL. MOTIVACIONES.

El distinguido jurista amigo Héctor Osvaldo CHOMER me ha honrado requiriéndome una nota sobre el asunto del título, permítaseme que lo haga desenfadadamente, como conversando con él y los amigos, encendidos en la disidencia, en los continuos zoom que nos convocan, yendo y viniendo sobre los ejes que nos apasionan y los argumentos que vienen a cuento.

Ese asunto, con distintas locuciones, representa la estrella polar de la conservación de la empresa y de los múltiples intereses que se entrecruzan, evitando incumplimientos, previniendo el daño como postula la normativa del Código Civil y Comercial –CCC- art. 1710 y ss.. para las relaciones de cambio que tienen equivalencias para las relaciones de organización justamente en la prevención de la insolvencia.

Desde la formulación de la ley 24522 –LCQ- se incentivaron las prácticas de que el riesgo lo debían asumir los acreedores, a través de quitas y esperas que se hicieron más patentes en las reformas a dicha ley, no porque la norma lo dijera sino por la práctica forense y la tolerancia judicial. La quita implica un negocio ajeno a las “SOLUCIONES DE PRECONCURSALIDAD Y PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA”, deviniendo de la falta de distinción entre crisis de persona humana y de persona jurídica, particularmente sociedad, regulada por normas especiales.

Concursalmente se suele hablar de “deudor” o “empresario”, sin referirse a sociedad. Esa visión tiene asidero en el caso de la insolvencia de la persona humana, opere una empresa o no. Pero sostuvimos con Juan Carlos Veiga que ello representaba “El Contraderecho. Prácticas contra legem en los



DECONOMI

concursos de sociedades”²⁰³. Es que la libertad para constituir sociedades se encuentra vinculada indisolublemente a ciertas reglas imperativas contenidas en la ley societaria –LGS- y CCC.

Esa fue mi posición acordando un mínimo con la escuela tradicional: que ante la advertencia de una crisis los administradores debían poner la cuestión en conocimiento de los socios –órgano de gobierno-. Una regla básica de la ciencia de la administración, que encontró su sustento en la LGS del año 72, sobre la rendición de cuentas anual que implica el balance y el análisis del mismo, explicitado en la Memoria que impone hacer un juicio sobre la perspectiva del desarrollo económico de los negocios societarios. El CCC lo ha ratificado en los arts. 320 y ss. sobre la obligación de llevar contabilidad.

La respuesta de la práctica se advierte en la presentación en concurso de sociedades sin contabilidad al día, particularmente destacable en el caso Vicentin S.A. que impuso que el Juez tomara diversas medidas hasta lograr la disposición de esa documentación. La realidad: los concursos de sociedades se presentan tardíamente para preparar la documentación contable o se presentan sin ella cuando la sociedad es desbordada por los incumplimientos y la falta de cumplimiento de normas contables.

Me guía meditar sobre los valores que debe respetar un sistema concursal reconociendo los múltiples intereses que se conjugan en el desarrollo de una actividad empresarial que, sometida a una crisis, impone atenderlos para asegurar los bienes jurídicos que se intente tutelar. Tenerlos en claro, con una visión integradora permite entrever los objetivos a alcanzar y resolver, en la interpretación de las normas actuales o en la configuración de nuevas normas o en la integración normativa.

²⁰³ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO”, en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161. De los mismos autores “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



Por eso me centraré en la prevención de la infrapatrimonialización de sociedades.

II. PRECONCURSALIDAD. ALERTAS TEMPRANAS.

¿Es esa prevención la llamada “preconcurzalidad”? Así la hemos llamado, aunque quizá impropia... La existencia de normas imperativas ha sido reconocida ahora expresamente por el CCC en el art. 150, en el año 2015, superando la opinión de la escuela clásica sobre la preeminencia de la ley especial de concursos ante la crisis.

Aparece acertado que la legislación societaria es preconcurzal, paraconcurzal o anticoncurzal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcurzal”²⁰⁴, “tiene una función preconcurzal o paraconcurzal, considerando algún otro considerarla como anticoncurzal”²⁰⁵, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas de la ley de sociedades en España e Italia²⁰⁶.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la

²⁰⁴ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

²⁰⁵ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

²⁰⁶ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, lugrio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.



tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”²⁰⁷.

Premonitorio Marcelo Gebhardt, en la misma línea, en su libro editado en 2009 y título similar al que me propusieran para este ensayo Prevención de la insolvencia²⁰⁸. Y ese distinguido jurista señala en su carátula “Anticipación de la crisis. Remedios preventivos. Actividad e iniciativa del empresario ante la insolvencia. Indicios de la preinsolvencia. Técnicas de prevención. Entidades financieras. Dueño ineficiente”, citando en su apoyo mi posición expresada en varios ensayos anteriores a esa fecha.

Debemos advertir que en nuestro país ninguna norma obliga a las sociedades a transitar un concurso, imponiéndolo a los administradores. Son éstos los que pueden requerir la apertura de un concurso o de uno prejudicial – aunque judicial- para intentar una composición con los acreedores. Martorell, Anich y Kolliker Frers han marcado las argucias comunes para imponer el riesgo a los acreedores a través de quitas –sujetas al pago de impuesto a las ganancias- y esperas desmesuradas licuatorias. Si a veces se ven impuestos a derivar en un concurso en posesión ante un pedido de quiebra por acreedores (conversión). El voto de Julia Villanueva en el caso Mandalunis²⁰⁹ atenuó esa tendencia.

Me permito sostener que la LGS desde el año 1972, al margen de sus numerosas reformas, contiene normas imperativas que son “preconcursoales” en sentido amplio, en cuanto imponen soluciones tasadas a adoptar dentro de la evolución de la sociedad, poniéndolo en cabeza de administradores y de los socios.

III. RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. EMPRESA. SOCIEDAD.

²⁰⁷ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales* en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

²⁰⁸ Ed. Astrea con prólogo de Adolfo A.S. Ruillon que destaca la proliferación de los acuerdos de reorganización, destacando los acuerdos negociados privados incluso anteriores a la intervención judicial.

²⁰⁹ "MANDALUNIS TOMAS EDUARDO S/ Concurso preventivo" Expediente N° 12359.10 Juzgado N° 25 - Secretaría N° 49 Buenos Aires, 25 de febrero de 2014



DECONOMI

La concepción que vengo desarrollando no es ajena a la concepción en gestación de las relaciones de organización que concitan la atención sobre “empresa” y todos los contratos que hacen a su entrelazado contorno.

Sin duda quiénes niegan la posibilidad de alcanzar un concepto jurídico unitario de la empresa parten del equívoco de confundir el concepto con la naturaleza jurídica. En cuanto a la naturaleza jurídica, la empresa no puede encasillarse dentro de ninguna de las categorías elaboradas por la ciencia del derecho (persona jurídica, sociedad, patrimonio separado, fondo de comercio).

Apunto sobre la empresa que no es “una fiera sedienta de sangre, para otros una vaca lechera a la que hay que ordeñar. La realidad es que es un robusto percherón que debe arrastrar un carro muy pesado” cita de palabras de Winston Churchill en los 40 resulta hoy de una realidad incontrastable ante la burocracia e ineficiencia de las organizaciones estatales. Se incorpora como centro del derecho comercial moderno coherente con lo que –entre muchos otros- expresaba Broseta Pont²¹⁰ “... la materia que constituye el contenido del Derecho mercantil moderno cobra homogeneidad y sustantividad propias por la presencia de tres datos o fenómenos constantes: el empresario, la empresa y la actividad externa desarrollada por ambos... aquella parte del ordenamiento privado que regula a los empresarios mercantiles y su estatuto, así como la actividad externa que aquéllos desarrollan por medio de una empresa. Por tanto, el Derecho mercantil no es el derecho de la empresa, sino el de su titular y el de su actividad externa...”. La misma recogía antecedentes alemanes, franceses y italianos, y especiales posturas y cuya mejor expresión son las relaciones de organización personificadas que constituyen el derecho societario moderno conforme la concepción que vengo desarrollando desde hace casi 40 años. Expresaba en 1981²¹¹ “La irrupción de la noción de empresa en el derecho mercantil, ha obligado a reformulaciones sobre la materia comercial misma,

²¹⁰ BROSETA PONT, Manuel LA EMPRESA, LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y EL DERECHO MERCANTIL, Biblioteca Tecnos, Madrid 1965.

²¹¹ “LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA” Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV, año 1986 pág. 107 y ss., reproduciendo mi disertación al recibir el Premio Academia el 21 de mayo de 1981. Y lo reafirmaba en 1984 cuando nos incorporaba a esa Academia como Miembro de Número “El posible futuro del Derecho Mercantil” y el rol de las relaciones de organización, la personificación, el régimen societario y la información pública por la responsabilidad, que traduje en el libro *Sociedad y contratos asociativos* (ed. Zavallá 1987) y los libros posteriores en los que profundicé.



DECONOMI

sobre el sistema de organización jurídica de la empresa a través del derecho societario, sobre las dificultades económicas de la actividad empresaria en el derecho concursal y en todo lo referido a los nuevos sistemas y técnicas operativas ...”.

Sigo refiriéndome a la “empresa” Menudo trabajo... Me pregunto: ¿Qué es la empresa? Sujeto, objeto de derecho, o actividad? El nuevo art. 320 del Código Civil y Comercial Argentino –CCC- se refiere a “titulares de una empresa”, donde aparece como objeto de derecho. Pero corresponde comparar dicha norma con el art. 1093 CCC, que al determinar los contratos de consumo señala “o con una empresa productora”, o sea que la introduce como sujeto de derecho. A su vez conforme al art. 1890 CCC y la ley de transferencia de fondos de comercio la hacienda aparece como un bien registrable.

La empresa es organización y actividad, un patrimonio afectado al cumplimiento de determinados objetivos, o la organización sistemática, funcional y activa de medios (factores de la producción) apta para producir o actuar en el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado.

Se suele sostener que la “empresa” no es nada en el aspecto jurídico, que no es sujeto, ni objeto de relaciones jurídicas y decir que es una actividad no tiene sentido jurídico. Sin embargo la actividad, como concatenación de actos tiene efectos jurídicos, como se deriva de los arts. 19 y 20 de LGS. Asquini expresaba en torno a los perfiles de la empresa, que ésta se manifiesta como un fenómeno económico poliédrico que, jurídicamente presenta cuatro facetas: subjetiva, objetiva-patrimonial, funcional y corporativa. Perfiles que Fernández de Novoa encuadra en la dimensión subjetiva o dinámica o actividad del empresario, dimensión objetiva o estática como bien inmaterial producto de la actividad del empresario y dimensión interna o personal como comunidad de personas.

Se ronda también ese subjetivismo al equiparar sociedad y empresa, mediando alguna indefinición en los conceptos o en su juego. Si bien la empresa está presente en la noción misma de sociedad, como sujeto y como forma técnica de una actividad colectiva empresaria —conforme lo señalan Ferri y Polo— se puede llegar a soluciones diversas disociando los conceptos, pues la



DECONOMI

empresa puede conservarse sin perjuicio de la extinción del sujeto social. Ejemplo de esa subjetivización la constituye el sistema paraguayo en torno a la empresa individual de responsabilidad limitada, que gesta en casos de adecuada publicitación la generación de un centro de imputación diferente dentro del patrimonio del empresario, al igual que en el supuesto del fiduciario y el patrimonio fideicomitado. Coherentemente se niega personalidad a los contratos asociativos (arts. 1442 y ss. CCC), al “consorcio”, pues en estos acuerdos no nace una nueva persona jurídica: “simplemente es un Contrato (Acuerdo) que no constituye por sí misma un ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que no se diferencia de quienes así están coasociados. La responsabilidad frente a trabajadores vinculados a las operaciones del consorcio o unión temporal recae en cabeza de cada empresario que se vincula con el consorcio o la unión temporal. Queda claro que no es una nueva sociedad, ya que es simplemente un instrumento de cooperación entre empresas cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante.

Se detectan múltiples posiciones en torno a la relación hacienda y empresa. Mario Ghiron expresa “l’imprenditori sié, l’impresa si governa, l’azienda si ha”, y Barbero —en otra posición— que la empresa no existe, sino que se la ejerce.

Lo destacable es la denuncia sobre la insuficiencia de las categorías tradicionales para asumir la unidad orgánica de la empresa, siendo necesario pensar en nuevas proposiciones, como sugiere Ferrara, sobre la “cosa compuesta funcional”, basado en las organizaciones de cosas o de derechos en las universalidades de hecho con destino funcional, que hace la aptitud productiva en sí de la organización empresarial.

Es que debemos advertir que la realidad económica —que siempre genera un concreto reflejo jurídico— marca otro rumbo basado en la organización de los bienes que ya implica una actividad, y la actividad misma de esa organización de bienes.

El derecho suele afrontar los estudios de actos disciplinados en su singularidad, estáticos, a través de las relaciones de cambio, por lo que el instrumental tradicional resulta insuficiente o no idóneo para aprehender la



DECONOMI

fenomenología de la actividad, que constituiría —en todo caso— un hecho complejo, base de una nueva construcción sobre las relaciones de organización, a cargo de doctrina y jurisprudencia.

El problema no resulta simplemente cuantitativo de la acumulación de actos, sino cualitativo del ordenamiento de actos hacia un fin —similar a la disciplina que estudia la existencia de la persona jurídica en orden a agrupamiento de diversos sujetos bajo un único patrimonio con finalidad común—. Los elementos causales, de causa fuente y causa fin, deben revalorizarse en el estudio de la actividad como fenómeno jurídico de efectos relevantes para el derecho en su apreciación dinámica e integradora.

Por actividad empresarial entiendo una serie coordinada de actos (negocios jurídicos) tendientes a una finalidad común, como señaló Ascarelli, a lo que debo agregar que se manifiestan unitariamente en función del sujeto que los realiza y su propio contenido.

La fuerza de esa realidad económica constituida por la organización, tiene importancia patrimonial y no se confunde con la que corresponde a la suma de los elementos integrantes. Y estimula a pensar, pues repetir conceptos no es pedagógico ni propio de la enseñanza universitaria. Siguiendo el lema de Apple: “Piensa diferente, porque la gente que está tan loca como para pensar que puede cambiar el Mundo, es la que lo logra”.

III.1. Planificación.

La idea de intercambio es hoy integrada con la de planificación. Se planifica o programa el mercado en su integridad, conformando metodologías de financiamiento, producción y comercialización. Se trata de saber “ver los negocios”, determinar la asunción de un riesgo y la rapidez en las decisiones frente a la concurrencia en el mercado.

Una empresa que no está planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa. Si no hay planificación hay responsabilidad si se genera daño, o sea que planificación y empresariado es una identidad de la cual el derecho privado no puede alejarse. Se trata de una obligación de un buen hombre de negocios planificar, debe informarse (no sólo hacer el negocio: determinar si la mercadería es de contrabando, si es apta para el consumo). Si



no asume esa obligación se hace responsable de los daños que genere a sus administrados o a terceros²¹².

III.2. Viabilidad. Contabilidad.

Tema también central es la viabilidad del negocio, hoy remarcado por el art. 100 LGS. El punto se enrola en el plan de negocios, de empresa y de viabilidad herramienta central de la ciencia de la administración, para obtener ganancias y afrontar crisis o intentar reorganización, sobre lo que volveré recurrentemente.

Los abogados solemos soslayar los aspectos contables. Pero los mismos son fundamentales para determinar abusos funcionales o acciones de responsabilidad, de socios o de terceros, y estos aspectos son particularmente desarrollados.

“Se impone utilizar, en la legislación empresaria el método de la empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad según su funcionalidad económica y jurídica, resguardando tanto las modernas técnicas de organización de la empresa, como los derechos de terceros”²¹³. La empresa que no es autosustentable no es empresa²¹⁴. La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí retorno al tema del interés a tutelar: los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho²¹⁵, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera.

²¹² RICHARD, Efraín H., “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”, en *Estudios en homenaje a Pedro Frías*, t. II, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 1994, p. 1189.

²¹³ Richard Efraín Hugo Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado Ed. Advocatus... Ob. Cit., pag. 36.

²¹⁴ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

²¹⁵ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietá e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al



Es importantísimo traer a cuento las expresiones de Halperin, particularmente porque la ley 19550 en 1972 trabajo un importantísimo régimen normativo para las relaciones de organización personificadas, sociedad, que ha pasado desapercibido. Pienso centralmente en la conservación de la empresa viable, particularmente en la organizada como sociedad por la eficacia de la misma para unir voluntades o separar patrimonios, sin generar daños. Conforme la función preventiva Halperin refiriéndose a la eficacia expresó que “La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativo pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley”²¹⁶.

Y de esa función preventiva estoy hablando 52 años después.

III.3. Integración normativa.

El pasado año académico he tenido la sorpresa de un giro doctrinario en torno a la crisis de sociedades: 1. Se doctoró en nuestra Universidad la fiscal general de Cámaras de Comercio de AMBA Prof. Gabriela Fernanda BOQUIN y abrazó mi posición minoritaria en nuestro país sobre “Crisis Societaria”, y luego lo expresó en el Número de DECONOMI –para donde está destinado este ensayo- Año VI – Número N°20- diciembre de 2023, en su artículo “Responsabilidad Societaria por infrapatrimonialización”. A su vez ese giro motivó que escribiéramos juntos el artículo de La Ley “Apostillas sobre la preconcursalidad societaria y la responsabilidad de administradores y socios” (2/11/2023) y presentáramos dos ponencias en las recientes XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. A su vez que me invitará a

resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pág. 59 y especialmente pág. 67 citado, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

²¹⁶ HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pag. 466 nota 243.



DECONOMI

prologar su libro sobre el tema que dará a luz en febrero del año próximo. ¡Que conmoción a mis 90 años!

La circunstancia es coincidente con mi conferencia en Roma el año pasado sobre Crisis Societaria en el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y que este año en el Congreso de Guadalajara me llevaran de moderador e integrante del Tribunal de Ensayos de Jóvenes Juristas, que para Lima el año próximo llevará ese premio mi nombre. Sin duda un reconocimiento a lo que iniciara en 1996 y adhiriera al Profesor Emérito Dr. Juan Carlos VEIGA en “El Contraderecho” del año 2012, que he citado precedentemente.

Así, apunto que con Gabriela Fernanda Boquin en “LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA”²¹⁷, sostuvimos “Las crisis económico patrimoniales de las sociedades no pueden ser resueltas sólo por el Derecho Concursal, teniendo en cuenta que son prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal. - En el derecho argentino ni los administradores ni los socios están obligados a concursar una sociedad en crisis, que cualquiera sea su intensidad, puede ser afrontada en forma confidencial. Es un derecho que pueden usar o no, un escudo ante ciertas agresiones, o la posibilidad de convertir en concurso una quiebra peticionada por un acreedor. - Es advertible que existe una tendencia a simplificar el tratamiento del “proceso concursal” sin distinguir –salvo en aspectos muy puntuales- entre empresario individual o social. Ello deviene en que el régimen de bancarrotas nace y se desarrolla en torno a la persona humana, incorporándose con posterioridad las figuras organizativas personificadas.”

Y para conducir el razonamiento de la función del concurso preventivo nada mejor que recordar el art. 52.4 LCQ “en ningún caso el juez homologará un acuerdo en abuso de derecho y fraude a la ley”.

El Abuso del Derecho es descrito en el artículo 10 del CCC “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal Ano puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio

²¹⁷ “Apostillas sobre la preconcursalidad societaria y la responsabilidad de administradores y socios” La Ley, diario del 2/11/2023; coetáneamente presentamos dos ponencias conjuntas en las Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, desarrolladas en Pilar a cargo de la Universidad Austral.



DECONOMI

abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Sobre el Fraude a la Ley el CCC dispone en su artículo 12 que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

¿Cómo actuar en el análisis del fraude a la ley en los concursos, apuntando concretamente al concurso de sociedades y el análisis de homologación?

El tema se centra obviamente en la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”.

O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, “o en su defecto” –de sus normas- por las normas imperativas del CCC. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe. Es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quiénes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con



DECONOMI

independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone ante la voluntad de las partes. Se cumple aunque las parte en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y prohibiciones que gobiernes su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

Aparece claro frente al género personas jurídicas privadas, dentro de las cuales la sociedad es una especie, que no pueden ser dejadas de lado las normas imperativas de la LGS en ningún supuesto, conforme determina el art. 150 inc. a CCC.

Tengo para mi que ninguna norma de la LCQ puede modificar las normas imperativas contenidas en LGS y CCC.

III.4. El fraude a la Ley.

Ello me a buscar las normas imperativas de la LGS que acotan las propuestas y acuerdos concursales, pues su violación a través de los mismos debería considerarse un fraude a la ley societaria, lo que conlleva a preguntarme ¿Cómo se determina que una propuesta concursal es en abuso de derecho o fraude a la ley?

La jurisprudencia se limita a formalizar esa consideración con criterios cuantitativos, complicados con desvalorización de moneda, tiempo de cumplimiento y rol de intereses, solamente sobre abuso de derecho.

Consideramos que la cuestión debe afrontarse con un cambio metodológico que relegue aquella consideración a concursos de personas humanas pero use criterios sistémicos nomológicos para el caso de personas jurídicas, centrándonos en las sociedades.



Ello permitirá a los jueces cumplir el rol que les impone el referido art. 52 ap. 4 LCQ de no homologar propuestas o acuerdos con abuso de derecho o fraude a la ley.

Parece que se ha anclado el análisis de la legitimidad de las quitas y de la eliminación de todo tope en los concursos –inclusive de sociedades-, limitando la interpretación a la ley de concursos y a meros aspectos cuantitativos, incluso excluyendo textos constitucionales o la integración del sistema normativo, lo que aparece contrario a la evolución generada por lo menos ante el nuevo CCC, aunque ya lo advertía desde antes. Por eso sumo a las apreciaciones que voy deslizando y a las que he hecho en torno a las relaciones de organización, al deber de no dañar, a la buena fe negocial, a la protección del mercado y a las prácticas concursales contra legem²¹⁸, las que expresamos de seguido, pero que hice presente hace muchos años.²¹⁹

Las referencias jurisprudenciales agregan argumentos sobre supuestos valores del sistema jurídico, que tratan en todos los casos de apreciaciones sobre la abusividad y no sobre el fraude a la ley, a esfuerzos, etc., basadas en una extensión impropia de la idea de conservación de la empresa, y no apuntando al sistema imperativo societario.

IV. SOBRE ACUERDOS EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

Debo introducir, si bien en forma sintética en el problema de método, que ya hemos abordado en varias ocasiones, particularmente con el advenimiento del CCC²²⁰.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCC. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las

²¹⁸ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO:” citados precedentemente.

²¹⁹ “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

²²⁰ Ntos. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires; “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y RESPONSABILIDAD, INCLUSO DE SOCIOS NO SOLIDARIOS” en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires, entre otros.



DECONOMI

razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico –obligatorio en el caso de sociedades por acciones: la Memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia-. Conlleva a traer a cuento el tema del “plan de empresa” con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. Frías²²¹. Aquí una de las tantas coincidencias con Gebhardt²²², que señala las observaciones de la doctrina concursalista su exigencia, apuntando en su favor entre muchas cosas que “Evita el enriquecimiento del deudor...”.

Anticipo sobre la alerta temprana contenida en la Memoria actual que entraña un plan de viabilidad. Así el Anteproyecto 2019 disponía ARTÍCULO 66.- Memoria Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 1) Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo. 2) Una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. 3) Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. 4) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo. 5) La política de dividendos propuesta o auspiciada, con una explicación fundada y detallada de la misma. 6) La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar 7) Las relaciones con sociedades directa o indirectamente controlantes, controladas o vinculadas, así como con las controladas por la misma controlante, las variaciones operadas en las respectivas participaciones, sus créditos y deudas recíprocos y el resultado de

²²¹ RICHARD, Efraín Hugo *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”, tomo III pág. 1187.

²²² GEBHARDT, Marcelo ob. cit. pág. 76.



las operaciones y negocios entre ellas, si fueron en condiciones de mercado y, en caso negativo, sus razones. 8) Las relaciones establecidas por medio de contratos asociativos u otros que fueren de significación relativa, así como el estado y evolución de los negocios respectivos.

En el panel de Viña del Mar, Congreso del IIDC de 2019 se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (ya en vigor) - bajo el cual: "El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad". Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: "El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas". Parece ser que el deudor tiene un verdadero "deber de reestructurarse".

La cuestión conlleva a que el sistema concursal no es una isla y que debe integrarse con todas las normas. Inicialmente señalando que el análisis cuantitativo no está vinculado a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad, como hemos sostenido con Palazzo²²³ y hemos escuchado en conferencias a Vitolo al sostener el límite de validez de las quitas –por lo menos frente a los que no expresaron opinión, no podían hacerla o formalizaron posición negativa-, sin distinguir en este supuesto entre concurso de personas humanas y jurídicas.

IV.1. Integración sistemática.

²²³ PALAZZO, José Luis y nosotros "VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA" en libros "VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia", Rosario 2006, Tomo I pág. 715.



DECONOMI

El conjunto de leyes integra un sistema jurídico conforme el art. 2 CCC.²²⁴ Y las respuestas a la crisis patrimonial, descritas en el año 72 en nuestra LGS como pérdida total del capital social, o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto (art. 94), tienen dos respuestas; 1. Soluciones opciones para evitar la liquidación, de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad, incluso sus deudas, y 2. Al no tener plazo para imponer alguna de esas soluciones, juega el rol preventivo de la responsabilidad por daños de administradores y en su caso de socios.

La LCQ como todas las regulaciones similares del derecho comparado tienden a atender la crisis apenas se avizora, para la conservación de la empresa, de los puestos de trabajo y la proliferación del daño. En similar sentido se aconsejan las acciones privadas y confidenciales que deben realizar los administradores de la persona jurídica sociedad, conforme su diligencia, tratando de preservar los intereses de los socios, de los trabajadores y de evitar daño a terceros acreedores. Lo hace muy bien Rouillon en el prólogo del libro de Gebhardt, y este lo hace magistralmente antes del CCC.

Cuando la crisis se profundiza afectando el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal. Pero ¿cuándo se “declara” la existencia de la causal de disolución de desbalance patrimonial que contablemente se determina como pérdida total del capital social?

En mi criterio un balance anual aprobado sin observaciones donde aparece un patrimonio neto negativo, sin notas aclaratorias sobre la infravalorización del activo o expresiones en la Memoria que disipen la apreciación contable sobre el patrimonio neto negativo o sea de la insuficiencia de la prenda común de los acreedores, importa una declaración de “verdad” del órgano de gobierno, constatando la pérdida del capital social a través de la expresión de patrimonio negativo. En 2020 Colombia sustituyó la causal de

²²⁴ RICHARD, Efraín Hugoo. “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.



DECONOMI

pérdida por la de negocio en marcha al final del ejercicio, entronizada en nuestras legislaciones a través de los requisitos de la Memoria y del insoslayable deber de diligencia de administradores sobre el plan de viabilidad, que no asegura éxito pero sí predictibilidad.

Un jurista que se ha preocupado desde hace muchos años de distintos aspectos del capital social, Miguel C. Araya²²⁵, expresa “Cuando el patrimonio neto de la sociedad se ve afectado por pérdidas hasta alcanzar ese valor que llamamos capital social, el derecho de sociedades reacciona, consagrando medidas que inicialmente son de alerta y generan la necesidad de adoptar prevenciones en relación a ese capital y, más tarde, si esa pérdida se extiende, manda derechamente a disolver la sociedad.... Este esquema constituye uno de los ejes del modelo clásico del capital social, centrado básicamente en su función de garantía... Si la pérdida de capital es total, corresponde la disolución... La pérdida grave es la que se manifiesta en el balance anual de ejercicio, o sea debe surgir de un estado patrimonial por los accionistas, que revele que no se trata de un resultado transitorio. A partir de dicha aprobación, nace la obligación de los directores de la sociedad de convocar a asamblea extraordinaria, a fin de considerar la posible recomposición del capital o la disolución de la sociedad. A diferencia de otras legislaciones, el régimen argentino no fija plazo para el cumplimiento de este deber”. Lamentablemente no profundiza sobre los efectos previstos en el art. 99 LGS.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que

²²⁵ ARAYA, Miguel C. “Pérdida del capital social” en *LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES – ESTUDIOS A LOS 25 AÑOS DE SU VIGENCIA*, AAVV Director Ricardo Olivera García, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2015, tomo II pág. 205 y 210.



administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos²²⁶.

Correlativamente: ¿quién debe darle solución? ¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho –persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante²²⁷ y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurígena de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no profesionales a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores²²⁸. Seguiré más abajo.

Tengo en claro la futilidad de la noción de capital social, o la referencia a la infracapitalización, que he abandonado por la referencia a la “infrapatrimonialización”. Lo importante es que la sociedad disponga del patrimonio funcional para cumplir con el objeto social y generar los activos necesarios para satisfacer los pasivos en tiempo y forma.

²²⁶ RICHARD, Efraín Hugo. “Remoción de causales disolutivas y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente –corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutiva de pérdida del capital social”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII*, mayo año 2016.

²²⁷ Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina. Lo recordó Alegría en la obra colectiva coordinada por Ana Piaggi citada en pág. 1, y lo hemos hecho nosotros con Jorge Fernando FUSHIMI EN Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo 1 “Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos” pág. 481.

²²⁸ SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capitale sociale”, en *Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti*” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.



DECONOMI

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresarial. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa. Incluso separando la empresa viable del empresario ineficaz como analiza Gebhardt, sin ingresar en la crisis societaria.²²⁹

IV.2.Dos casos de jurisprudencia.

Podemos ver esa integración como natural pero a su vez legal de la legislación societaria y concursal en un par de análisis jurisprudenciales respecto verificación de créditos y voto de acreedores.

Son sentencias que hacen referencia a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad, correspondiéndonos los subrayados: Sentencia del TERCER JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES PRIMERA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, del PODER JUDICIAL MENDOZA, en la causa “KLP EMPRENDIMIENTOS SOCIEDAD ANONIMA P/ MEGACONCURSO”, fechada en Mendoza, 22 de Abril de 2016 del Juez de Mendoza Pablo GONZALEZ MASANES: ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS... ...Las constancias de autos demuestran – y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer – que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcripto anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como

²²⁹ GEBHARDT, Marcelo ob. cit. pág. 144.



DECONOMI

aportes de capital. En otras palabras, si la sociedad se encontraba infra capitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infra capitalización o – como sostiene esta visión – infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infra capitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista-acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común. Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria sólo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas – particularmente los de control –. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcurabilidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de



DECONOMI

Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152).”

Ilumina aquél fallo con referencia a la sentencia recaída en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012¹, de donde extractamos para nuestro ensayo aspectos de una verificación de créditos en una quiebra de un préstamo de un socio cuando la sociedad estaba insolvente, declarándolo subordinada. Advertimos que de las propias confesiones judiciales nacieron las responsabilidades previstas en el art. 99 LGS, que parece que no se ejercitaron: “Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aún cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica –como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infra capitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.”...Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.²³⁰

²³⁰ En ambos casos los subrayados me corresponden.



DECONOMI

Queda así plasmada una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades.

La causal de disolución de pérdida del capital social es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios. Es un tema de infrapatrimonialización que venía agitando desde la sanción de LCQ, pero que me ha marcado más intensamente la lectura del libro en prensa de Gabriela Boquin.

V. INFRAPATRIMONIALIZACIÓN. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS.

La responsabilidad por daños es la consecuencia del incumplimiento de normas imperativas, que hace a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC, impuestas conforme el art. 150 CCC..

Ya hice referencia a los arts. 150 CCC y 99 LGS que hace referencia a responsabilidad de socios. Se ha discutido cuales. Ante la duda conforme la redacción LGS se impone acudir, conforme la expresión del art. 150 CCC que dispone que ante el defecto de redacción LGS se recurra a las previsiones del propio Código, que el tema se desarrolla en el art. 167 in fine, apuntando a los socios de control.

No hay duda de que las normas sobre responsabilidad no son imperativas, pero si lo es la obligación de obrar que tienen administradores y socios, por lo que la responsabilidad derivará de esa violación de normas imperativas de resultar daño.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.



DECONOMI

El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial, similar a la que sin duda tomarán en cuenta los socios cuando adopten la opción imperativa que les impone el art. 96 LGS si han aprobado un balance con patrimonio neto negativo- que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre interesado en adoptar correctas resoluciones y soluciones.

Los jueces y organismos de control carecen de conocimientos y experiencias para tomar una decisión relativa a esa viabilidad. Ese pronóstico compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los jueces, salvo para constatar la existencia del plan como de su resguardo por posibles responsabilidades.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley²³¹.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante difícil, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica²³².

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos

²³¹ RICHARD, Efraín Hugo “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA-2 Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

²³² Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza de acciones de responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.



DECONOMI

socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño²³³, y esa es la materia del libro que estamos prologando y que a mi edad avanzada me provoca a seguir arando...

Boquin ha actualizado en su tesis sobre si se trata de una responsabilidad objetiva –tema candente-. Ante la infrapatrimonialización es una violación a la diligencia de los administradores, impuesta por ley – responsabilidad conforme art. 99 LGS-, que ante la aparente inviabilidad de la sociedad no convocan a los socios para resolverlo, y con deslealtad posibilitan daños a terceros cuando no a la propia sociedad. Si por la inacción de los socios de control continúan con la contratación perjudicial no podrán soslayar la acción de terceros por los daños que pudieren causar, sin perjuicio de la posible repetición contra los socios de control, cuya responsabilidad es tratada con particular intensidad por Rosa Otzoa- Errarte Goikoetxea²³⁴ ante la necesidad de adoptar medidas en defensa de los derechos de los acreedores.

Mantengo la misma visión y preocupación, por eso mi afán ha sido y es recordar el camino sencillo y de bajo costo que evita toda responsabilidad imputable a administradores societarios, e inclusive a socios de control: el análisis de viabilidad y asumir alguna de las opciones imperativas previstas en el art. 96 LGS.

Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –legislación societaria- y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores- la concursal que, a través de la

²³³ RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.

²³⁴ La responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad 2ª. Edición Thompson Reuters, España 2011.



conurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses –como también refleja Alegría con su extraordinaria versación e integral visión de jurista comprometido.

Es responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad en las relaciones de organización personificadas. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.²³⁵ Deben optar²³⁶ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización –repetimos-, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma.²³⁷

Aquí podría dar por terminada mi perorata, pero mi tiempo vital acucia y pretendo meter más fuero sobre las prácticas contra legem en concurso de sociedades.

VI. LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA.

Anticipe la pregunta sobre quién debe dar soluciones. Sin duda los socios con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2° párrafo LCQ “capitalización de créditos,

²³⁵ MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” de su libro *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino.

²³⁶ Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

²³⁷ La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.



inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

La preconcursalidad inserta en LGS desde el año 1972 rechaza la quita, buscando la capitalización, eventualmente la del pasivo.

Pero siempre son los socios los que deben atender a la solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente potestativas para sociedades.

VI.1. Grado de la crisis.

Es importante distinguir, el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordé con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena²³⁸, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no...”. Obviamente el último aspecto destacado describe la causal de disolución: pérdida del capital

²³⁸ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. En igual sentido CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.



DECONOMI

social²³⁹. Y este es el centro de la cuestión o del disenso. La imprecisa terminología que se expande en soluciones normativas, como la uruguaya, ha llevado a que autores, como la española Marta Prats Marquina²⁴⁰ con buen criterio unifiquen en insolvencia, pero distinguido la “insolvencia comercial” entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible).

Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría esperar. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Las quitas implican un menoscabo al patrimonio de los acreedores que significa un enriquecimiento del patrimonio de la sociedad concursada, pues su pasivo se reduce. Generando una ganancia de este patrimonio está gravado por el impuesto correspondiente, o sea que implica un costo para la concursada, aunque ese pago se difiera. Nos hemos referido a todo ello, particularmente con el Profesor Jorge Fushimi, abogado y contador.²⁴¹

Los socios abusarían del derecho si, en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad para asegurar su viabilidad, la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el síndico debería remarcarlo en el informe general del síndico, conforme lo previsto en el inc. 7° del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital social, sino ante la pérdida del capital social –antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia

²³⁹ RICHARD, Efraín Hugo “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

²⁴⁰ “*Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

²⁴¹ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)”, en *ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS*, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.



y si administradores y socios han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LGS.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo.

Ante propuestas de quita en concurso de sociedades se abren nuevas posibilidades a la judicatura para evitar el daño y encauzar la cuestión, conservando la empresa.

La apreciación lógica es simple y la reiteramos: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios²⁴², si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan. Reintegrar o aumentar el capital lo necesario para asegurar la viabilidad y no dañar, modificando el Estatuto en lo que fuere necesario.

¿Esto no es impeditivo de la homologación de una propuesta en concurso de sociedad a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tengo duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una

²⁴² RICHARD, Efraín Hugo. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.



sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

Para el agravamiento de responsabilidad, típica de esta relación de organización, podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata, "on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas... Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo "Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión" generan responsabilidad. Y la autora demuestra la intensidad de las obligaciones de buen orden para las relaciones de organización societaria.

VI. 2. La falacia del supuesto resultado de la liquidación para aprobar quitas.

Ante ciertos criterios que reducen la juricidad de las quitas al valor recibido por debajo de lo que correspondería en liquidación ("the best interest of



creditors”) apuntamos que ello es lógico en el caso de personas humanas, pero descartable para personas jurídicas, especialmente societarias, por la función de garantía del capital social que hemos analizado. Se sostenía que los límites de la legalidad se entienden traspasados cuando existe afectación del interés u orden público²⁴³.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar mi interpretación interactiva de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”.

VI. 3. Otros vientos.

Juristas especializados en concursos, como Truffat, Botteri²⁴⁴ y Carlino²⁴⁵, empiezan a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad.

Para evitar la crisis y responder las obligaciones se ha usado el “sale and lease back”, conforme a modalidad operacional aplicada con frecuencia en los Estados Unidos de América. “La expresión significa: venta y vuelta a alquilar; en otras legislaciones venta–locación. En efecto, en esta modalidad el dueño o propietario del bien vende a una empresa financiera, pero a la vez se lo toma en alquiler, lo que implica dos actos jurídicos: un acto de compraventa y otro contrato de arrendamiento entre las partes y simultáneamente. Con esta operación la empresa ex propietaria continúa usando y gozando del bien como

²⁴³ Numerosas sentencias destacan la afectación del interés público, así, entre otras, CNCom., sala B, 3-9-96, “Covello, Francisca s/Quiebra s/Incidente de apelación y CNCom., sala A, 9-4-97, “Btsh, José David s/Quiebra s/inc. (art. 250)”, CNCom., sala B, 8-3-2002, “Jorsar SA s/Concurso preventivo” y CNCom., sala C, 4-9-2001, “Línea Vanguard SA s/Conc. prev”.

²⁴⁴ BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

²⁴⁵ CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en *CRISIS Y DERECHO IV* Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.



DECONOMI

arrendatario, pero al mismo tiempo obtiene el recurso necesario para emplear en actividad específica. Mediante esta operación la empresa convierte sus activos fijos en líquidos para financiar su desenvolvimiento. De este modo la empresa modifica su título jurídico, de propietario pasa a ser arrendatario y en virtud de este último tiene el uso de los bienes e instalaciones, pero conserva su explotación sin interrupciones”, constituyendo una excelente herramienta para afrontar crisis económico financieras.

Truffat ha escrito²⁴⁶ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que han vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Pero la capitalización de pasivo también puede implicar un abuso en ciertos casos, particularmente cuando la viabilidad de la sociedad está comprometida, esas dudas sobre las ventajas de la capitalización han sido expresadas por la jurisprudencia, en el caso “Baugruppe S.R.L. s/ quiebra” rechazando la homologación de un acuerdo que ofrece la capitalización de

²⁴⁶ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.



DECONOMI

créditos ante el dudoso y reducido valor de las participaciones en el capital de la empresa insolvente: “Es que, como bien se sostuvo en el dictamen que antecede, no explicitó la deudora cuál es el beneficio que obtendrían los acreedores en adquirir cuotas partes de una sociedad sin actividad alguna, que no genera ganancias, siendo su única actividad el recupero de créditos litigiosos. Así, la propuesta de acuerdo formulada resulta por demás escabrosa al no existir elementos que permitan evaluar la rentabilidad de la empresa, ni siquiera el valor de las cuotas partes ofrecidas”. Particularmente la capitalización de pasivos en casos de inexistencia de posibilidades de la sociedad de generar utilidades o sea de satisfacer los recaudos previstos en el art. 100 LGS, obligatorio si hubiera pérdida del capital social, se calificaría porque al haber pago total por compensación se eliminan acciones contra fiadores y deudores solidarios, como así también acciones de responsabilidad.’

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer a la sociedad concursada como “tercera vía” atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordante con las vías de la norma imperativa del art. 96 LGS, que prevé la capitalización de pasivo²⁴⁷, pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa. Correlativamente, desde las finanzas corporativas, se bosqueja que en una sociedad “in bonis” el riesgo empresarial está en cabeza de los socios. Por eso sólo ellos pueden iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Pero cuando caen en insolvencia (y es necesario distinguir cesación de pagos de insolvencia, eventualmente insolvencia financiera de insolvencia patrimonial), lo que acaece es una transferencia del riesgo empresarial de los socios (que limitarían –lo decimos en potencial- sus pérdidas a lo aportado, conforme al tipo societario) a los acreedores. Ese es el motivo por el cual los acreedores (sea por sí, o a través de la sindicatura) pueden ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores ante la insolvencia del patrimonio. Además, en ese contexto de

²⁴⁷ La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.



DECONOMI

infrapatrimonización, indirectamente (razonan economistas), la propiedad se transfiere de los accionistas a los acreedores. Esta actitud jurisprudencial ante los abusos, ha quedado en desuso desde que se modificó el art. 48 LCQ permitiendo que la concursada compita con terceros en una segunda ronda.

Se corresponde ello a lo dispuesto por el art. 99 LGS. La posición se ajusta a través de la visión, muy compartida, que los administradores deben siempre actuar en el interés social, y así se protege a los acreedores, pues los socios en el derecho americano son acreedores subordinados, se habla en interés de los stakeholders y no de los shareholders, socios.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado.²⁴⁸

Me apoyo en la “absolute equity rule”²⁴⁹ –recordada por Lorente²⁵⁰–, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LGS, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales²⁵¹ si

²⁴⁸ RICHARD, Efraín Hugo. “AMANECE, QUE NO ES POCO... (Sobre crisis societarias)”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Editorial FIDAS, Director Ricardo A. Nissén, año 16, 2015 Nos. 2/3, pág. 99, Buenos Aires abril 2016.

²⁴⁹ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

²⁵⁰ En *Doctrina Societaria y Concursal*, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

²⁵¹ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA” comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali –COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias



junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)²⁵². Se trata del equity swap que debe mediar en toda transacción.

Hoy estamos en espera del fallo de la Cámara Civil y Comercial de Reconquista, Provincia de Santa Fe, con el complicado caso “Vicentin S.A.- Concurso preventivo”.

VII. MEDITACIONES PERIFÉRICAS, PARA SEGUIR CONSTRUYENDO UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN EN LA DISIDENCIA.

Sé que son polémicos los temas de responsabilidad de administradores y socios ante la infrapatrimonialización, como la calificación de fraude a la ley de las propuestas y acuerdos con quitas en concursos de sociedades. Pero no puedo esperar por mi edad.

De ninguna forma pretendo que administradores asuman el riesgo del mercado o el error de planificación, tomando conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. No deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia. Pero me preocupa el limitado número de investigaciones –y de investigadores- que bucean sobre este sistema y la integración de las leyes de sociedades y concursos. El reflejo práctico de la tendencia son las continuas reformas a la legislación concursal –o requiriendo reforma- sin advertir que la base de la organización societaria contenida en las leyes específicas prevé soluciones a la crisis.

Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar, y antes “Propuesta abusiva” para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia www.acaderc.org.ar.

²⁵². “ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA)” en libro colectivo de tres tomos *VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Santa Fe 2006, Tomo II pág. 329-



DECONOMI

El derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del corporate government, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento²⁵³.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión²⁵⁴.

Con Ángel Rojo mantuve muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que me llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²⁵⁵, y lo volví a hacer el año pasado en Roma.

“Desde que ... se introdujo, en el ámbito del derecho societario, en el caso de incumplimiento de especiales deberes disolutorios, el supuesto especial de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales en 1989..., y, después en 2003, con la aprobación de la Ley concursal, la especial responsabilidad concursal por el déficit patrimonial, son ciertamente muy numerosas las contribuciones de la doctrina española sobre los distintos supuestos de responsabilidad relacionados con las situaciones de crisis... Como es sabido el fondo del problema de la regulación de la materia es la búsqueda de adecuados mecanismos de tutela de intereses de los acreedores, en conflicto

²⁵³ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomols 2012, en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

²⁵⁴ MIOLA ob. y pag. cit..pág. 1310..

²⁵⁵ En *DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra*, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, “En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto” Tomo III pág. 313. y “Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades” Tomo III pág. 549. 8°. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9°. “Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso” Tomo IV pág. 243.



con la de los socios, en situación de crisis empresarial, que se mueven en el terreno fronterizo entre el derecho de sociedades y el derecho concursal”²⁵⁶.

“Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.²⁵⁷

El deber de prevención del daño, desarrollado en los arts. 1710 CCC, se enrola en esta visión “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento” (art. 1711). La cuestión la podemos vincular a la business judgment rule “(en la traducción más extendida, regla del juicio empresarial) nace como regla para la protección de la discrecionalidad empresarial, fundamentada en la presunción de que los administradores respetan los deberes fiduciarios que pesan sobre ellos... presuponiendo juris tantum, que cuando los administradores adoptan decisiones empresariales lo hacen de manera informada, de buena fe y persiguiendo el mejor interés de la sociedad. La presunción actúa – protegiéndose la decisión de toda valoración de procedencia y razonabilidad, y, en consecuencia, al administrador de toda responsabilidad por las consecuencias de la decisión tomada siempre y cuando la actuación de los gestores pueda considerarse racionalmente adoptada”, y que para España debe referirse a las “decisiones empresariales excesivamente arriesgadas”.²⁵⁸

Una cuestión a asumir es la caracterización, en la esfera interna, de la obligación como solidaria o concurrente, particularmente por el distinto rol de administradores y socios de control que, a mi entender afronta la tesis de la responsabilidad civil en las relaciones de organización.

También me parece fundamental afrontar algún dogma, sobre las acciones individuales de responsabilidad que podrán promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni afectadas por la homologación de un acuerdo de

²⁵⁶ VELASCO, Esteban Gaudencio prólogo del libro de Eva RECAMAN GRAÑA *Los Deberes y la Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital en Crisis* Ed. Thomson Reuters Aranzadi 1a. Ed. 2016, págs..29 y30.

²⁵⁷ Ver nuestro referido trabajo de hace 42 años ya citado “La conservación de la Empresa”, pág. 118.

²⁵⁸ RECAMAN GRAÑA ob. cit. pág. 173 y ss.



DECONOMI

quita y espera²⁵⁹. Lo afronto copiado de las conclusiones de la tesis inédita de Boquin: donde presenta como un dogma “La homologación de una propuesta de pago en el marco de un proceso concursal impide a los acreedores sometidos al mismo el inicio de acciones de responsabilidad contra socios y administradores de la sociedad concursada”, lo que la tesista rechazó –junto a otras dogmas– sosteniendo sobre ello “Para que la sociedad sea viable económica y socialmente no puede existir una traslación de riesgo empresario a los acreedores. La traslación de riesgo empresario a los acreedores es una conducta reprochable que genera responsabilidad a los socios controlantes y administradores sociales. Si la sociedad se encuentra infrapatrimonializada y se concursa preventivamente, sólo será aceptable, sin que genere responsabilidad de socios controlantes y administradores una propuesta que no traslade el riesgo empresario a los acreedores.”, a lo que adhiero sin reserva.

La responsabilidad por el déficit concursal constituye otro de los modos de atribuir o distribuir los costes derivados de la insolvencia, en ese contexto de infrapatrimonización, indirectamente (razonan economistas), la propiedad se transfiere de los accionistas a los acreedores. Es que atendiendo a la responsabilidad de administradores por el déficit concursal²⁶⁰, en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica, recordando que el riesgo en el caso de crisis de personas humanas es de los acreedores, pero en el caso de personas jurídicas sociedades es de sus socios conforme conclusiones del “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el objetivo de iniciar una discusión sobre la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador. La quita no puede generar un negocio para los socios como lo fue el caso Multicanal, donde con minoría de

²⁵⁹ La CNCom en el caso “Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Cfme. RICHARD, Efraín Hugo. “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

²⁶⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina”, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.



DECONOMI

acreedores en reunión especial homologaron un acuerdo de quita y espera que derivó que a pocos meses anticiparan el pago del 35% de impuesto a las ganancias y distribuyeran ganancias entre los socios por muchas decenas de millones de dólares.

Como visión premonitoria, ante los vientos de reformas mundiales del sistema de crisis, así como se intenta delinear un procedimiento para consumidores –que debería ser sencillísimo-, y para grandes o pequeñas empresas, señalo que al margen de ello debe acesarse un sistema de crisis de sociedades donde se impone la integración normativa y la preeminencia de las normas imperativas de la persona jurídica. Es un postulado que lentamente se va aceptando por diversos caminos, no siempre el que sustentamos.²⁶¹

Sé que no son fáciles los cambios, reacción que ha sido bien descrita por Claus Offe (en *The utopia of the zero option*”, publicado en 1987 en *Praxis International*): “las sociedades complejas ‘se han vuelto tan rígidas que el mero intento de renovar o pensar normativamente su ‘orden’ –la naturaleza de la coordinación de los procesos que se producen en ellas- está virtualmente obturado en función de su futilidad práctica y, por lo tanto, en su inutilidad esencial’. ... El orden general de las cosas no admite opciones...”²⁶². Esto es lo que ocurría en materia de concursos de sociedades... Pero mi utopía me permite entrever que algo está cambiando. En 2009 Gebhardt apuntaba sobre la ineficiencia de las normas “Mantener normas ineficientes sólo por tradición o inercia legislativa carece de sentido”.²⁶³ “Hoy es opinión unánime que los intereses que la quiebra pone en juego no son solamente los de los acreedores. Están también en juego los intereses de los trabajadores, de los proveedores, de los clientes, de los subcontratistas, de los asociados en un grupo de interés económico o en un joint venture, de las colectividades locales... Las quiebras en cadena no son raras. La crisis financiera y comercial de una empresa puede

²⁶¹ Veiga-Richard “El contraderecho...” citado.

²⁶² BAUMAN, Sygmunt *Modernidad líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica, impreso en Argentina, segunda reimpresión 2022, p. 11.

²⁶³ GEBHARDT, Marcelo ob. cit. pág. 321 apoyándose en Héctor Alegría.



DECONOMI

implicar la de sus proveedores, la de sus clientes exclusivos o la de sus subcontratistas”²⁶⁴.

Y el punto debe preocupar a la enseñanza, pues estos temas marginales de “crisis societarias” son soslayadas en la enseñanza del derecho societario, involucrándolas en las causales de disolución, y en el derecho concursal pues se suele hablar solo de deudor, empresa o empresario, y solo en algunas cuestiones periféricas se hace referencia a las sociedades, que a su vez ocupan el centro de la escena en la crisis empresarial.

Menuda tarea de reformas y particularmente de jueces hasta que se produzcan en los temas que he abierto y que un convulsionado mundo globalizado genera.

Cuando formateaba este ensayo, medianoche del primero de mayo, después de la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, vuelvo sobre el pensamiento de Claus Offe pensando que quizá sean posibles las reformas que rompan las costumbres contra legem que encubren conductas de mala fe y negocios inconfesables en los aspectos abordados. La esperanza me renace...

²⁶⁴ PAILLOSEAU, Juan “Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades. Oo algunas reflexiones sobre el renacimiento (¿) de un derecho a la deriva” Traducción del francés de Antonio Tonón, en R.D.C.O. año 17 p. 654, específicamente pág. 658 donde cita a otros autores.

